

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE
LAW DEPARTMENT

E U I W O R K I N G P A P E R No. 84/101

CONTRIBUTION AU DEBAT SUR LE DROIT
SUBJECTIF ET LE DROIT OBJECTIF

COMME SOURCES DU DROIT

by

P. NERHOT

février 1984

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

320

EUI



Tous droits réservés. Aucune partie de ce papier
ne peut être reproduite sans l'autorisation de
l'auteur.

(C) Patrick Nerhot 1984

Printed in Italy in May 1984

European University Institute

Badia Fiesolana

I - 50016 San Domenico (FI)

Italy

	Page
Partie I : Le volontarisme et l'objectivisme dans le débat sur les sources du droit	7
I : Le volontarisme juridique et les doctrines sur les sources du droit	9
A : Volontarisme juridique et l'Etat source du droit	13
B : Volontarisme juridique et l'individu source du droit	26
II : L'abandon du volontarisme et les doctrines objectivistes sur les sources du droit	39
A : Quelques aperçus de l'objectivisme dans le débat sur les sources du droit	40
B : Quelques tentatives de "dépassement - conciliation" de l'objectivisme et du subjectivisme	56
Partie II: La volonté individuelle, la loi positive et l'Etat	74
II: La volonté individuelle et sa relation avec la loi positive: analyse statique	75
II: La volonté individuelle et sa relation avec la loi positive et l'Etat: analyse dynamique	96
Conclusion	115

Contribution au débat sur le droit subjectif et le
droit objectif comme sources du droit (1)

Si aujourd'hui cette question ne préoccupe plus guère les juristes - hormis quelques érudits ou philosophes - il n'en a pas été ainsi de tous temps. C'est ainsi que cette question agita la doctrine allemande tout au long du XIX^{ème} siècle, puis ce fut le tour à la fin du XIX^{ème} et au début du XX^{ème} siècle de la doctrine belge, française ou italienne. Pratiquement tout, et son contraire, a pu être dit sur cette question. Gény (2) y voyait "la substance fondamentale de notre droit". M. Villey quant à lui (3) estime qu'il serait "absurde (bien qu'assez fréquent) d'aller partir à la recherche de l'origine du droit subjectif sans savoir ce que signifie ce terme pédant et dont le sens n'est rien moins que clair". Maspétiol (4) estimait pour sa part: "mal fondé dans ses prétentions, inefficace dans ses résultats, tel nous

(1) Cette contribution s'inscrit principalement dans le cadre des séminaires que le groupe de philosophie-théorie du droit de l'Institut avait organisé d'Octobre à Décembre 1983.

(2) Gény "Science et technique en droit privé". 1922, tome III, p. 212.

(3) M. Villey "La genèse du droit subjectif chez G. d'Occam", Archives de philosophie du droit 1964, p. 99.

(4) R. Maspétiol "Ambiguïté du droit subjectif: métaphysique, technique juridique, ou sociologie". Archives de philosophie du droit. 1964, p. 81.

paraît être le droit subjectif de portée métaphysique."

M. Cappelletti et B. Garth (1) enfin, pour conclure ces prises à partie dont la liste serait interminable, ont parlé d'un "outmoded individualism".

Pour qui tente une approche de cette question, s'ajoute à la totale disparité de la doctrine une difficulté d'ordre historique. On ne sait pas trop en effet quand apparaît - sinon l'idée de droit subjectif - en tout cas le sujet de droit. (2) Ce qui semble cependant incontesté c'est que cette histoire du sujet de droit est étroitement liée avec l'histoire de l'individualisme, idéologie moderne (XVI^{ème} siècle) qui perçoit l'individu comme valeur ayant des attributs. C'est ainsi qu'à partir de cette époque nous avons deux sens du mot individu:

1. "Le sujet empirique de la parole, de la pensée, de la volonté, échantillon indivisible de l'espèce humaine" (3); ce nominalisme renvoyait à la philosophie des sciences - atomistique - de la Renaissance.

- (1) M. Cappelletti, B. Garth "Finding an Appropriate Compromise: a comparative study of Individualistic Models and Group Rights in Civil Procedure". Second International Congress on the Law of Civil Procedure, p. 119.
- (2) Voir en ce sens les travaux de M. Villey "Histoire de la philosophie du droit". Montchrétien 1975.
- (3) L. Dumont "Essais sur l'individualisme". Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne. Esprit/Seuil 1983, p. 69.

2. "l'être moral, indépendant, autonome" (1),

imprégné de christianisme et d'humanisme. Cet Individualisme sera à la source d'un nouveau droit naturel qui ne sera plus comme avec la pensée classique une "harmonie du cosmos" au sein de laquelle l'homme était un être social, mais un droit naturel qui traite d'individus, c'est-à-dire "d'hommes dont chacun se suffit à lui-même en tant que fait à l'image de Dieu et en tant que dépositaire de la raison". (2) "L'état de nature" deviendra ainsi celui où les hommes ont vécu avant que n'apparaissent la société et l'Etat. Parlant sur l'histoire de la pensée pendant cette période, Gierke (3) dira: "L'Etat n'est plus dérivé comme un tout partiel de l'harmonie voulue par Dieu du tout universel. On l'explique simplement par lui-même. Le point de départ de la spéculation n'est plus l'ensemble de l'humanité, mais l'Etat souverain individuel se suffisant à lui-même, et cet Etat individuel lui-même est fondé sur l'union, ordonné par le Droit naturel, des hommes individuels en une communauté armée du pouvoir suprême."

(1) L. Dumont, op.cit. p. 69.

(2) L. Dumont, op. cit., p. 31. Voir aussi les passages de l'auteur sur la théocratie de Calvin, où Dieu est volonté ainsi que l'homme. p. 60 et sv.

(3) Gierke "Natural law and the theory of Society", 1500-1800. Cambridge 1934 cité par L. Dumont, op.cit., p. 82..

Ainsi, "la communauté chrétienne hiérarchique" (1) s'atomisa à deux niveaux: elle fut remplacée par de nombreux Etats individuels, dont chacun était constitué d'hommes individuels. A la science juridique moderne appartenait alors de définir les relations soit entre Etats soit entre les individus et l'Etat.

Cette idéologie moderne qu'est l'Indivudualisme ne trouva pas cependant une expression immédiate dans l'ordre juridique et lorsque celle-ci fut dégagée - la notion toujours vivante de sujet de droit - elle allait devoir vivre une histoire toujours changeante: celle du lien rattachant l'individu à l'Etat. Insistons ici sur deux points: le sujet de droit (et l'expression "droit subjectif") sera un problème de doctrine (2): nous rencontrons ces expressions dans les traités de droit, dans les manuels... mais pas dans les textes de loi, des règlements... Notre propos portera ainsi sur les doctrines. Le sujet de droit - et l'expression droit subjectif - a une histoire: non seulement ces notions n'ont pas existé de tous temps mais au moment où elles apparaîtront, elles subiront également des modifications

(1) L. Dumont, *ibid.*

(2) Voir, F. Longchamps "Quelques observations sur la notion de droit subjectif dans la doctrine". Archives de philosophie du droit 1964, p. 45 et sv.

au sein de l'ordre juridique. (1) Ainsi que nous le rappelle V. Ranouilh (2) "pas un des grands commentateurs du Code civil qui représentent l'apogée de l'Ecole de l'exégèse ne fait usage de l'expression d'autonomie de la volonté ou d'une expression approchante." Ces formules (autonomie de la volonté, sujet de droit, droit subjectif) auront une fonction précise lors du passage de "l'Etat libéral" à "l'Etat social", celle de préserver l'idée d'individualisme qui semble menacée.

Notre propos portera sur cette histoire contemporaine (XIX^e - XX^e siècles) et si nous estimons nécessaire d'en retracer l'histoire c'est parce que nous lui devons toute notre conception du juridique actuelle et que cette

(1) Soit le concept "d'autonomie de la volonté" (voir infra Partie I, I, B). Cette idée, très généralement inconnue des auteurs de l'Ancien Droit, ne s'impose dans la doctrine qu'à la fin du XIX^e siècle. Par contre, le libre arbitre (l'autonomie de l'homme) existe depuis longtemps et sert à désigner, en droit germanique, le privilège appartenant à la noblesse et à certaines corporations de régler elles-mêmes leurs rapports par une sorte de délégation domestique. (Savigny, T-VIII, p. 112-113 in V. Ranouilh, "L'autonomie de la volonté", Naissance et évolution d'un concept. Puf 1980, p. 22). Quant au terme d'"autonomie", il est utilisé depuis l'Antiquité pour désigner le droit que les romains avaient laissé à certaines cités grecques de se gouverner selon leurs propres lois. (V. Ranouilh, op.cit.)

(2) V. Ranouilh, op.cit., p. 77, 84.

histoire est globalement ignorée. Il va de soi cependant que nous ne rendrons pas compte dans le cadre de cet article d'une histoire complète du sujet de droit du XIX^{ème} siècle à nos jours. Elle est trop riche, trop large (1) et s'inscrirait dans une histoire globale du droit continental contemporain, histoire qu'il faudra bien un jour faire. Nous ne pourrons ici que tenter de peindre cette histoire "à grands coups de pinceaux", qu'essayer d'en dégager des lignes de force à partir desquelles le débat doctrinal s'orientera.

Ainsi, dans une première partie, nous présenterons les débats sur le droit objectif/droit subjectif pour, dans une seconde partie tenter de poursuivre ces débats en les prolongeant au sein d'une problématique peut-être un peu différente du lien entre l'individu et l'Etat.

(1) Voir "Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle". A. Rieg, Archives de philosophie du droit 1957, p. 125 et sv.

Partie I : Le volontarisme et l'objectivisme dans le
débat sur les sources du droit

Sans doute pourra-t-il paraître simplificateur de ramener un siècle de doctrines à deux hypothèses : l'hypothèse volontariste, l'hypothèse objectiviste. Mais quand bien même il serait caricatural de ramener l'histoire des idées juridiques du XIX^e siècle à ces deux courants de pensée, il n'en demeure pas moins vrai que ceux-ci rendent assez bien compte selon nous de cette histoire de la pensée juridique et que, tout en la simplifiant aux fins de présentation, elle ne la déforme pas jusqu'à un point qui rendrait cette histoire fausse. Ce choix est aussi rendu nécessaire par la matière même que nous entendons traiter : à la fin du XIX^{ème} siècle en effet, cette mutation d'un "Etat-libéral" en un "Etat-social" provoquera tant de changements dans le champ juridique, qu'une littérature considérable verra le jour. Le droit sera à redéfinir, à ré-apprendre (cf. introduction) : Le débat sera ainsi toujours situé au niveau des fondements du droit et nous comprenons l'importance qu'ont pu prendre à ce titre des notions telles que celles de "droit subjectif" - individu source du droit - ou de droit objectif". Il est certain que dans le cadre de cet article, une présentation exhaustive des ouvrages ayant pu paraître sur ce thème est irréalisable. Il est sans doute préférable de dégager les cadres, des points essentiels à partir desquels le débat basculait, se relançait, revenait en arrière..., d'en peindre en quelque sorte les grandes lignes afin d'essayer

d'en faire ressortir les enjeux, sa richesse. Dans cette perspective, présenter cette histoire par l'hypothèse volontariste et l'hypothèse objectiviste nous semble non seulement légitime mais souhaitable. Nous présenterons ainsi successivement ces deux formes de la pensée juridique.

I. Le volontarisme juridique et les doctrines sur les sources du droit

Avec la doctrine contemporaine - le problème du droit "subjectif" (qui prend sa source dans l'individu) et du droit "objectif" (la règle issue de l'Etat) exprime une opposition absolue entre l'individu et l'Etat et ceci - de par les termes en lesquels la doctrine raisonnait - est en fait une idée radicalement nouvelle dans l'histoire de la philosophie du droit. (1) Ch. Beudant (2) a sans doute exprimé de la façon la plus caractéristique cette nouvelle philosophie du droit lorsqu'il énonçait: "Liberté et intervention de l'Etat dans le règlement de l'activité humaine sont termes inconciliables: ceci tuera cela."

Avec les trois grandes philosophies du contrat au XVII^{ème} et au XVIII^{ème} siècles que furent celles de Hobbes, Rousseau et Locke, il est vrai que déjà le problème consistait à concilier la souveraineté des individus d'une part leur liberté d'association et d'autre part la nécessaire subordination de ces individus à un pouvoir, mais ces trois modèles tentaient un dépassement du couple individualisme-autorité et n'en faisaient pas un antagonisme indépassable.

(1) En ce sens, voir H. Michel "L'idée de l'Etat", 1895.

(2) Ch. Beudant, Le Droit individuel et l'Etat 1891, p. 283.

Prenons par exemple le "Léviathan"; une rupture totale avec la religion est consommée ainsi qu'avec la philosophie traditionnelle qui faisait de l'homme (cf. Aristote) un animal politique. Le modèle qui était ainsi proposé était un modèle de Herrschaft (contrat politique qui introduisait la sujétion à un gouvernant ou à un gouvernement), sur une base "atomistique", égalitaire, avec - pour parler comme L. Dumont (1) - "comme résultat l'identification de l'individu avec le souverain", identification qui sera d'ailleurs au coeur même de la théorie de Rousseau et Hegel. Et c'est parce que, suivant en cela sa raison, l'individu entre dans l'état politique, en se défaisant d'une partie de ses pouvoirs, qu'il peut alors espérer son épanouissement. C'est ainsi que "la bonne vie" n'est pas celle de l'individu - d'un individu - mais celle de l'homme qui va dépendre étroitement de l'Etat, "si étroitement qu'il s'identifie nécessairement pour une part au souverain." (2)

Prenons également le "Contrat social". Ainsi que chacun jusqu'à ce jour a pu le dire, la politique de Rousseau est radicalement différente de celle de Hobbes:

(1) L. Dumont: Essais sur l'individualisme, une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne. Esprit/Seuil, Paris 1983, p. 84.

(2) L. Dumont, op.cit. p. 93

où la théorie de Hobbes est absolutiste en insistant sur la sujétion (Herrschaft), celle de Rousseau est monarchique, collective et insiste sur la notion de liberté (Genossenschaft). Pourtant, et ainsi que le met remarquablement en lumière L. Dumont, ces deux théories posent une discontinuité entre "l'homme de nature" et "l'homme politique", discontinuité qui fait que, pour les deux philosophes, c'est par le "contrat social" que naîtra l'humanité.

C'est ainsi qu'un postulat individualiste naissent des conclusions anti-individualistes, en ce que les deux théories tentent une légitimation du souverain (le "ruler" ou la "volonté générale") par rapport aux individus; mais dans le même temps est affirmée l'identité du sujet et du souverain. Tous les efforts de Hobbes et Rousseau tendent, ainsi que le dit très justement L. Dumont (1), à fondre dans "un corps social ou politique, des gens qui se pensent comme des individus."

Ce qui était gouvernant chez Hobbes devient "volonté générale" chez Rousseau, elle est le souverain et, comme tel, transcende la volonté individuelle des sujets (aussi strictement que le gouvernant de Hobbes était placé au-dessus des gouvernés.) Avec Rousseau et Hobbes nous partons ainsi d'une "societas" pour aboutir à une "universitas".

(1) Op.cit., p. 95.

Ce qui était ainsi posé, c'était le problème de "l'homme moderne, devenu individu politique mais demeurant comme ses congénères un être social".

La philosophie du droit contemporaine allait s'affronter à ce problème et tout particulièrement en s'interrogeant sur les sources du droit. Cette philosophie du droit va considérer - poursuivant en cela la tradition de l'individualisme de l'idéologie moderne - (1) qu'à la base de tout l'édifice social se trouve l'individu (entendu par les juristes comme "volonté libre"), que de lui tout procède et qu'à lui tout aboutit. C'est ainsi que pour les juristes contemporains, le "contrat social" sera issu du principe de l'indépendance absolue et de la souveraineté illimitée du vouloir humain. L'individualisme, de la philosophie du droit contemporaine, relèvera à ce titre d'une théorie du fondement du droit et d'une théorie du but du droit. Le droit tout entier relèvera de la volonté individuelle, le droit ne sera que la volonté en acte. La fin suprême à l'ordre juridique sera la liberté de l'individu, l'indépendance de

(1) Voir en ce sens L. Dumont, op.cit.

son vouloir. (1) Cette conception de l'individualisme - ce volontarisme - sera reçue dans la science juridique sous la forme du "contrat social" pour le droit public et sous la forme de "l'autonomie de la volonté" en droit privé.

Ici deux grandes tendances vont s'opposer: celle qui voyait dans l'individu la source du droit (B) et celle qui voyait dans l'Etat (mais également perçu comme un sujet) la source du droit. (A)

A. Volontarisme juridique et l'Etat source du droit

Les théoriciens du droit public, que ce soit en Allemagne, en Italie, en France, vont subir l'influence de Rousseau dans leurs tentatives de fonder l'Etat comme une

- (1) Ce volontarisme - qui se retrouve dans tous les champs du droit fera que l'ensemble du droit public sera perçu comme prenant sa source dans l'intention ou la volonté des contractants. M. Villey - Archives de Philosophie du droit, 1957, p. 90 et sv. - nous rappelle que c'est avec Hobbes qu'apparaît pour la première fois dans toute sa plénitude le contrat social. Pour l'éminent auteur, de cela procède tant l'absolutisme - Hobbes et Spinoza - que le "gigantesque développement" de la démocratie moderne, par cette idée de la souveraineté populaire à laquelle est subordonnée l'Exécutif et le judiciaire. M. Villey observe enfin que le volontarisme est resté "l'âme de nos constitutions": la loi - par exemple - est "l'expression de la volonté générale".

personne. Nous pouvons donner le passage à partir duquel nous semble-t-il Rousseau influencera cette doctrine: "Si on écarte du pacte social ce qui n'est pas de son essence, on trouvera qu'il se réduit aux termes suivants: chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout. A l'instant, au lieu de la personne particulière à chaque contractant, cet acte d'association produit un corps moral et collectif composé d'autant de membres que l'assemblée a de voix, lequel reçoit de ce même acte son unité, son moi commun, sa vie et sa volonté." (1)

La collectivité est ainsi une personne, sa personnalité étant le produit du contrat social (puisque le contrat social renferme le moi commun et la volonté). Dès lors, la nation est une personne réelle, ayant une conscience distincte des consciences individuelles et une volonté distincte elle aussi des volontés individuelles. La souveraineté - qui est la volonté générale - relèvera de la nation, et, par le principe de la personnalité, la nation sera titulaire de la souveraineté.

(1) J.J. Rousseau "Contrat social", livr I, ch- VI., cité par L. Dumont, op.cit.

Cependant, théoriquement, la Nation n'est pas l'Etat. Pour reprendre les énoncés constitutionnels de la période révolutionnaire, (1) "la souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible, elle appartient à la nation; aucune section du peuple, ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice". (2) Pour Rousseau, la conséquence logique de l'in-aliénabilité était l'impossibilité de la déléguer. (3) La nation est donc antérieure à l'Etat, elle peut exister même quand l'Etat n'existe plus ou pas encore. L'Etat n'apparaît que lorsque la nation a constitué des organes

(1) Réclamation des droits de l'homme, Constitution de 1789, 1791, 1793...

(2) Déclaration de 1789, article 3.

(3) "Je dis donc que la souveraineté n'étant que l'exercice de la volonté générale ne peut jamais s'aliéner et que le souverain, qui n'est qu'un être collectif, ne peut être représenté que par lui-même; le pouvoir peut bien se transmettre, mais non pas la volonté". (Contrat social, liv. III, ch. 1) Conception Rousseauiste qui ne sera pas suivie par les révolutionnaires, soit par exemple l'article 2, Titre III de la Constitution de 1791 "La Nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation."

de représentation, organes de représentation qui sont chargés d'exprimer sa volonté. Entre la nation souveraine et ses représentants existe un mandat et l'Etat apparaît de ce fait comme la nation souveraine représentée par des mandataires.

Cette personnalisation et ce volontarisme seront reçus par les publicistes allemands mais cette dissociation de l'Etat et de la nation, exprimée par la notion de mandat, sera quant à elle rejetée. C'est logiquement que les publicistes allemands ont fait remarquer que pour qu'il y ait mandat il faut - préalablement - deux parties, ce qui n'était pas le cas dans la théorie rousseauiste reçue par les publicistes français et ils ont aussi rejeté la distinction Etat - nation en estimant qu'une semblable théorie amenait dans l'Etat deux personnes. (La nation et les représentants) C'est en s'appuyant sur la doctrine française en la critiquant que les publicistes allemands vont élaborer leur propre théorie de l'Etat. Pour la doctrine allemande, le titulaire originaire et unique de la souveraineté, c'est l'Etat pris comme tel. L'Etat est un et indivisible, il est un sujet de droit, (son droit subjectif étant la puissance publique.)

L'initiateur de cette théorie fut Gerber (1) qui peut-être, ainsi que le suggère Duguit, introduisit Hegel chez les juristes allemands. "L'Etat est la forme juridique pour la vie collective d'un peuple, et cette forme juridique appartient au type originaire et élémentaire de l'ordonnement moral de l'humanité. L'observation juridique de l'Etat saisit d'abord le fait que le peuple en lui arrive à la conscience collective ou juridique et à la capacité de vouloir, en d'autres termes que dans l'Etat le peuple arrive à la personnalité juridique. L'Etat, en tant qu'il protège et montre toutes les forces du peuple dirigées vers la réalisation morale au bien commun, est la plus haute personnalité juridique que connaisse l'ordre juridique. Sa capacité de vouloir a acquis le plus riche domaine que le droit puisse donner. La puissance de volonté de l'Etat est la puissance de commander, elle s'appelle "puissance étatique". (2) Nous savons que cette théorie de la personnalité de l'Etat a été conduite à son plus haut niveau avec Jellinek. (3) Avec cet auteur, la puissance publique souveraine est le droit (subjectif)

(1) Gerber "Grundzüge des deutschen Staatsrechts" 1865. Voir la présentation et les développements du premier théoricien allemand des théories juridiques de l'Etat chez Duguit : Traité de droit constitutionnel, Tome 1, p. 613.

(2) Gerber, op.cit., 3^o éd., 1880, p. 13, in Duguit, op.cit., p. 614.

(3) Jellinek avec notamment son "System der subjektiven öffentlichen Rechte". 1892 et 1905. Voir Duguit notamment, op.cit. Pensée allemande qui influencera la pensée italienne. (Orlando et son traité de droit public) ou française.

qu'à l'Etat de ne jamais se déterminer que par sa propre volonté, il peut régler comme il l'entend l'étendue de son action et celle des individus qui lui sont subordonnés. Pour parler comme Duguit, (1), "il peut donc créer un droit objectif par sa propre volonté, sans qu'aucune autre volonté puisse le diriger ou le contrôler." Et c'est un peu cela qui va faire, pour certains, problème.

Cette idée d'un Etat qui agit ainsi qu'il l'entend, sans limites, auquel les individus sont subordonnés, devait être conciliée avec une idée non moins essentielle, celle de "l'Etat de droit". L'Etat de droit repose sur cette idée que l'Etat doit être soumis au Droit, en d'autres termes que les règles de droit doivent s'imposer à lui sans qu'il ne lui soit possible de les modifier ou de s'y soustraire. L'Etat Souverain et l'Etat de droit relèvent peut être du paradoxe. (2) Duguit (3) déclarait à ce propos: "Ou le droit n'est rien, ou il est une limitation des volontés individuelles; et ce qu'on appelle la volonté de l'Etat n'est au fond que la volonté d'un certain nombre d'individus. Cette limite de l'Etat, elle

(1) Duguit, op.cit. p. 615.

(2) Voir R. Bonnard "Les droits publics subjectifs des administrés", revue de droit public. 1932.

(3) Duguit "L'Etat, le droit objectif et la loi positive", 1901.

est à la fois positive et négative: il y a des choses que l'Etat est obligé de faire, il y a des choses que l'Etat ne peut pas faire. Cette double limite, c'est à la science du droit qu'il appartient d'en fixer le principe, à l'acte juridique d'en établir la formule et la sanction pratique. Si la science et l'acte juridiques sont impuissants à le faire, leur étude ne vaut pas une minute d'effort." Hauriou, (1) y voyait là la question unique du droit public. En Allemagne aussi la question se posait en ces temps mais avec une tradition "pro-étatique" extrêmement forte.(2) Jhering et Jellinek entendaient que l'Etat soit lié par le droit, qu'à la place de l'arbitraire soit posé le principe de la légalité. Mais comment un Etat, qui est Souverain, peut-il trouver les limites quand il agit ou, juridiquement parlant, comment imaginer qu'il y ait des actes qu'il ne peut accomplir sans peine de ne pas leur reconnaître de valeur juridique? Jhering et Jellinek voyaient là le

(1) Hauriou "Principes de droit public", p. 706.

(2) R. Von Jhering faisait observer, aux "subjectivistes" qui voyaient la volonté intime des individus à la source de tout droit, que les fous et les impubères étaient reconnus avoir des droits, que donc leur hypothèse tombait. De cela Jhering déduisit que le véritable ayant droit est celui qui peut prétendre non à vouloir, mais à profiter; d'où sa définition célèbre: "Les droits sont les intérêts juridiquement protégés." "Der Zweck im Recht", trad. Meullenaere.

principe de "l'auto-limitation de l'Etat": que l'Etat soit Souverain signifie qu'aucune volonté extérieure n'a le pouvoir de limiter sa souveraineté, par nature absolue, mais rien ne lui interdit de la limiter lui-même. Jellinek voyait dans cette autolimitation un intérêt tout d'abord politique - l'Etat ménage ses sujets - mais aussi et essentiellement, une raison théorique. En Effet, pour l'illustre auteur allemand, la notion même d'Etat était inséparablement liée à celle d'organisation juridique. C'est ainsi que l'Etat ne peut se passer d'un corps de règles juridiques sans renier son caractère même d'Etat. Pour cette raison, l'Etat ne peut se dispenser de l'existence d'un droit. "L'Etat ne peut abolir l'ordre juridique, introduire l'anarchie sans se suicider. Ce qui est pouvoir de l'Etat, en son pouvoir de fait comme en son pouvoir juridique, ce n'est pas de décider si un ordre juridique quelconque doit exister, mais quel ordre juridique." (1) Par voie de conséquence, si l'Etat n'était pas lié par le droit qu'il établit lui-même, il en résulterait que ce qui est le droit pour le particulier ne serait pas le droit pour l'Etat. L'Etat est donc obligé de créer les règles de droit et celles-ci- une fois créées, s'imposent à lui, du moins jusqu'à leur modification ou abrogation dans

(1) Jellinek "L'Etat moderne", tome 1, p. 76, (trad. française)

la forme déterminée d'avance par lui-même. Carré de Malberg

(1) dira quant à lui: "Dans l'ordre des réalités sociales il ne peut exister de Droit proprement dit antérieurement à la loi de l'Etat".

Nous connaissons les critiques sévères de Duguit à l'encontre de cette théorie de l'auto-limitation et de l'Etat source du droit. "C'est Jellinek qui fait une construction puissante du droit public fondée toute entière sur l'affirmation de la personnalité de l'Etat. En France c'est Gény, Hauriou, Michoud, Demorgue, Saleilles" et Duguit de poursuivre en citant Michoud: "La bataille sur le terrain du droit public est entre ceux qui cherchent à y conserver les vieilles conceptions du droit privé - personnalité, droit subjectif, rapport juridique - et ceux qui, jugeant ces conceptions insuffisantes, arbitraires, trop fortement formalistes, cherchent à leur substituer des notions plus proches de la réalité sociale." (2) "L'auto-limitation", ainsi que nous l'avons vu, trouve son fondement dans une conception volontariste du droit, où l'Etat souverain est présenté comme un sujet. Parce que présenté ainsi, on attribue à l'Etat une volonté,

(1) Carré de Malberg "La formation du droit par degré".

(2) Michoud in "70^{ème} anniversaire de Gierke", Festschrift offert au jurisconsult; cité par Duguit, "Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon". 1920, p. 59.

de laquelle le droit est issu. Duguit entendra rejeter tout cela. Pour lui, il s'agira d'un faux problème car l'Etat n'est pas Souverain et cette idée même de souveraineté, toujours par l'illustre auteur, ne correspond à aucune réalité, tout comme les notions de droit subjectif et de personne juridique.(1) Pour Duguit, la théorie de l'auto-limitation est une pure plaisanterie. "L'Etat n'est pas véritablement limité par le Droit, si c'est lui qui seul peut établir et formuler ce Droit, et s'il peut le changer comme il veut à chaque moment. Dire avec Jhering, Jellinek, Carré de Malberg que l'Etat est limité par le Droit parce qu'il s'impose à lui-même cette limitation, c'est, malgré les termes savants dont on se sert, une simple plaisanterie parce qu'une obligation qu'on s'est créée à soi-même et à laquelle on peut se soustraire

- (1) "C'est là en quelque sorte le point culminant de la conception de l'Etat que j'expose et qui peut se résumer ainsi: contrairement à ce qu'on a cru quelques temps, l'Etat n'est pas une puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par les gouvernants." (Traité de Droit Constitutionnel, II, p. 54) Observant ce passage de "l'Etat libéral" à "l'Etat social" et les modifications juridiques substantielles qui s'opéraient, Duguit estimait que la modification essentielle était le passage d'un "Etat-Souveraineté" à un "Etat-Service public". (Cf. Duguit, "Transformations du droit public") Il écrira à ce titre, "La notion de service public remplace le concept de souveraineté comme fondement du droit public". (Traité de droit Constitutionnel, 2^e édition, 1933, II, p. 54).

quand et comme on veut n'est pas une obligation." (1) Pour Duguit, on ne pourra jamais rendre compte de la subordination de l'Etat au Droit tant qu'on considérera que l'Etat est la source, unique, du Droit. Pour que l'Etat soit soumis au Droit, il faut que le Droit ait une source extérieure et antérieure à l'Etat. Si l'Etat crée le Droit, il est impossible que celui-ci, comme toute création, ne soit pas subordonné à son créateur, ne soit pas dans sa stricte dépendance. Duguit cherchera une autre source du Droit, qu'il trouvera dans l'adhésion de la masse des consciences individuelles, source non volontariste et non étatiste. (2)

- (1) Duguit "L'Etat, le droit positif et la loi positive." 1901, p. 84.
- (2) Sur le fondement social de la règle de droit et du droit objectif, Duguit écrivait: "il est à la fois réaliste et socialiste... La règle juridique, qui s'impose aux hommes, n'a point pour fondement le respect et la protection de droits individuels qui n'existent pas, d'une manifestation de volonté individuelle, qui par elle même ne peut produire aucun effet social. Elle repose sur le fondement de la structure sociale, la nécessité de maintenir cohérents entre eux les différents éléments sociaux par l'accomplissement de la fonction sociale qui incombe à l'individu... Quant aux éléments constitutifs de la cohésion sociale (Durkheim) ... ils résident dans ce que l'on a appelé la solidarité sociale (ou interdépendance sociale)". Duguit "Les transformations générales du droit privé depuis le Code napoléon, 1920, Deuxième Conférence, pp. 25-26.

Ceci ne sera que difficilement accepté par la doctrine française (1) et nous trouverons quelques dizaines d'années plus tard, sous la plume de M. Waline (2):

"L'effort de Duguit, pour trouver le moyen de limiter l'Etat par le Droit se solde par un échec; parce qu'il consiste dans une théorie contestable sur l'origine du Droit. Force est donc de se rabattre sur la vieille théorie de l'auto-limitation." L'éminent auteur verra d'ailleurs deux raisons à accepter l'idée d'auto-limitation. Celle émise par Jellinek tout d'abord (cf. supra. p.17 et sv.) et selon laquelle l'Etat ne peut se passer de droit parce que l'organisation publique est un élément essentiel de l'Etat. La seconde raison, M. Waline la trouve dans la théorie de l'Institution de Hauriou. Pour Hauriou, "ce ne sont pas les commandements du pouvoir, au moment où ils sont produits comme des actes, qui sont acceptés par le peuple, ce n'est même pas le pouvoir en soi qui est accepté, c'est l'institution politique au nom de laquelle le pouvoir commande. (3) A ce titre M. Waline écrira: "ce qui fonde la valeur juridique d'une règle de droit, c'est son imputabilité à une institution, à un groupe social dont le législateur, le gouvernement ne sont que les porte-parole. Ce qui fonde la valeur juridique de la loi c'est son imputabilité à cette institution qu'est

(1) Voir à ce titre les articles de Hauriou, Geny...

(2) M. Waline "L'individualisme et le Droit. 1949, p. 404 et sv.)

(3) M. Hauriou, cité par M. Waline, op.cit., p. 405.

l'Etat". (1) La source unique du Droit pour M. Waline sera donc l'Etat et ainsi seule l'auto-limitation sera la façon de subordonner l'Etat au Droit; auto-limitation bien présente dans l'ordonnancement juridique global: la proclamation, par une juridiction, d'une violation du Droit par l'Etat en est sa pure illustration. Ou plutôt, précisera l'auteur, "il n'y a pas du tout limitation de la souveraineté de l'Etat, mais limitation de la souveraineté d'un organe de l'Etat par un autre organe, ou plus exactement encore, du pouvoir d'un organe par celui d'un autre organe. Condamnation de l'administration à des dommages-intérêts, annulation d'une décision administrative pour excès de pouvoir, ne signifient autre chose qu'une action du juge, limitant l'administration au nom de règles posées par un troisième organe: Le Législateur." (2)

L'Etat - source du droit - trouve ainsi une finalité à son fonctionnement: l'individu. Ce point de vue sera radicalement contesté par la doctrine privatiste.

(1) Ibid., p. 405.

(2) M. Waline, op.cit., p. 407.

B. Volontarisme juridique et l'Individu source du droit

Avec les publicistes , l'Etat-Souverain - source du Droit - se conciliait avec l'idée d'"Etat de droit" par la théorie de l'auto-limitation; de la sorte, les individus étaient protégés de tout arbitraire . La doctrine privatiste , nous nous référons principalement à la doctrine française et belge, contestant le nouveau rôle de l'Etat - "l'Etat social" - ne verra pas l'Etat comme source du droit (et l'individu comme finalité du droit) mais verra la source de tout droit dans l'individu lui-même. En même temps, cette doctrine verra dans l'intervention de l'Etat une atteinte à la liberté et donc la source d'un arbitraire. Une lecture nouvelle (1) du rapport de l'individu à l'Etat apparaissait, l'éminent juriste belge Ch. Beudant (2) étant sans doute l'auteur ayant le mieux posé ce rapport: "La Revolution de 1789 a brisé les liens qui, sous l'Ancien Régime, rattachaient l'individu à l'Etat; elle a ouvert par là une ère d'individualisme: c'est tout l'esprit de la Déclaration des droits de l'homme... De nos jours une tendance opposée se manifeste ... la propension est à faire prédominer de nouveau l'action de l'Etat sur l'initiative individuelle

(1) Nouvelle dans le champ juridique et pour l'époque contemporaine.

(2) Ch. Beudant "Le droit individuel et l'Etat" 1891.

et même sur les droits de la personne humaine." (1) Ainsi que nous l'avancions précédemment, de l'individu tout doit procéder et à lui tout doit aboutir, pour autant que nous entendions bâtir une société de liberté. (2) D'accord en cela avec les publicistes, les juristes de droit privé vont bien entendu poser le principe de la loi comme arme absolue contre l'arbitraire mais le droit tout entier ici va relever de la volonté individuelle, il ne va être que la volonté en acte.

Ch. Beudant, définissant les droits, énonçait: "les facultés ou prérogatives d'où résulte pour l'homme le pouvoir de faire (3) ou d'exiger quelque chose." (4) Ce "pouvoir de faire" peut-il trouver sa source dans la loi - expression de l'Etat - comme par exemple Jhering l'estimait ("intérêts juridiquement protégés") ou, pour parler comme les "libéraux" de l'époque, existe-t-il par lui-même ou simplement par l'effet d'une concession de la loi et en vertu d'une sûreté juridique acquise? La doctrine libérale y voyait là un problème fondamental, celui du principe du droit et Ch. Beudant (5) déclarait: "L'école libérale ...

(1) Ch. Beudant, op.cit., p. 1.

(2) Pour l'histoire de ce concept et sa mutation du XVIII^e au XIX^e siècle voir H. Michel "L'idée de l'Etat".

(3) Souligné par nous.

(4) Ch. Beudant, op.cit., p. 21.

(5) Ch. Beudant, op.cit., p. 22 souligné par nous.

persiste à soutenir que le droit est une propriété inhérente à la nature humaine." En ce sens le droit est posé comme antérieur à la loi et donc au-dessus d'elle; en d'autres termes, que le droit n'est pas la loi mais la source des lois, donc que ce n'est pas la loi qui fait le droit mais au contraire du droit que découle la loi. (1)

Les tenants de la "science du droit naturel" considéraient que la liberté proclamée par le christianisme sera transportée de la conscience religieuse dans l'ordre juridique; ce faisant elle s'élargira et se généralisera: "Le droit de la personne humaine se dégage avec toute l'autorité d'une loi de nature." (2) L'homme est le centre de la société civile, il est la source du pouvoir, pour lui les lois sont faites. Dans cette philosophie du Droit le rôle de l'Etat apparaît sans équivoque; c'est "le droit de défense personnelle transportée à une force publique au profit de la liberté commune." (3) Ainsi le droit positif tout entier n'a pas d'autre but que d'assumer à l'individu les légitimes prérogatives qu'il tient de sa nature. But et fondement du droit, l'homme est à la fois source et finalité du droit.

- (1) Pour l'histoire - de l'époque moderne - du rapport de la "loi" au "droit", voir notamment M. Villey, "La formation de la pensée juridique moderne", Les Editions Montchrestien. 1975.
- (2) Ch. Beudant, op.cit., p. 90; voir aussi M. Villey, op.cit., notamment les passages sur Grotius et Althussius.
- (3) Ch. Beudant, ibid.

La doctrine libérale, contestant la nouvelle régulation étatique qu'organise l'"Etat-social", en appellera encore une fois à l'esprit et à la nature de la Révolution française. Pour cette doctrine, la révolution n'eut pas seulement pour objet de "relever ou d'établir les garanties de la nation contre les entreprises du pouvoir" (1) mais principalement d'exprimer une philosophie, celle de la volonté libre par essence. Etait considéré que la révolution proclamait que "l'homme, pris d'une façon abstraite et universelle, a, comme tel, des prérogatives antérieures et supérieures aux conventions et lois humaines." (2)

Le principe du droit est ainsi placé dans l'homme lui-même, le fondement de la souveraineté réside dans l'individu. Ch. Beudant aboutissait à une définition du droit qui allait devenir célèbre: "L'autonomie de l'être humain" (3), la faculté inhérente à sa nature de ne dépendre que de lui-même dans la direction de sa pensée et de ses actes: inviolabilité de la personne, liberté dans ses diverses manifestations, propriété enfin qui

(1) Ch. Beudant, op.cit., p. 137 et nous retrouvons la distinction rousseauiste Etat-nation, niée par la doctrine allemande, mais posée ici en termes de conflits.

(2) Ibid., p. 137 et sv. Le lien avec la philosophie nouvelle de la Renaissance - atomistique - est encore une fois fortement posé.

(3) Souligné par nous,

n'est qu'un corollaire de la liberté individuelle." (1)

Le fondement du droit devenait ainsi l'individu en tant que tel et la source du droit ce qui, par nature, le définit: sa volonté. La doctrine de l'autonomie de la volonté naissait.

Selon l'étymologie, l'expression "autonomie de la volonté" signifie le pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre "loi". L'autonomie de la volonté va ainsi être le pouvoir de la volonté d'être un organe producteur de droit (2), en d'autres termes que la volonté individuelle va être la source et la mesure des droits "subjectifs". C'est bien évidemment à partir de cela que le droit civil - dont l'élément central en sera le contrat - sera considéré comme le droit majeur des démocraties. (3)

(1) Ch. Beudant, op.cit., p. 46.

(2) Rappelons encore une fois qu'une semblable conception n'a jamais été tenue de toute éternité, ainsi que cette doctrine le disait, et que cette idée était même très généralement inconnue ne serait-ce que des auteurs de l'Ancien Droit. Cette idée n'était certes pas de toute histoire - a-historique donc - mais au contraire très historiquement datée: au moment du passage de "l'Etat-libéral" à "l'Etat-social", pour la France, la III^e République. Un peu antérieur pour l'Allemagne.

(3) Au sein du Code civil, l'élément qui sera considéré comme majeur sera le contrat et la "summa divisio" fera de "l'acte juridique" une particularité contractuelle. Inversement, les auteurs qui entendront contester la théorie de l'autonomie de la volonté rejetteront cette primauté du contrat et feront de l'acte juridique l'élément majeur dont le contrat ne sera qu'une particularité.

C'est l'ère en Allemagne de la Willenstheorie ou du Willensdogma, l'acte juridique sera perçu comme la manifestation de la puissance créatrice qui appartient à toute volonté individuelle (1) et à ce titre, cette doctrine estimera que les éléments de l'acte juridique sont la volonté interne - intime - des contractants et la déclaration de volonté, c'est-à-dire celle exprimée par les parties. Pour les tenants de cette théorie, c'est la volonté intime qui donne naissance aux effets juridiques de l'acte, et il s'agira donc de toujours rechercher cette volonté intime et non pas la déclaration de volonté, c'est-à-dire son expression formelle qui n'est considérée que comme le moyen seulement par lequel cette intime volonté parvient à la connaissance des tiers . Faisons parler ici Savigny (2): "On appelle déclaration de volonté

- (1) Kant fut considéré par l'école française comme le théoricien de l'individualisme, ce qui est peut être contestable. Ainsi que le souligne A. Rieg "Le rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique d'après les doctrines allemandes du XIX^e siècle", Archives de Philosophie du Droit, 1957, p. 127 - l'expression "volonté autonome" est apparue dans le "Fondement de la métaphysique des moeurs" (1785) et la "Critique de la raison pratique" (1788) et pas dans la "Doctrine du droit" (1797). Peut-être conviendrait-il mieux d'estimer que Kant lui a conféré un sens moral et pas juridique. Par contre, il semble peu discutable que Kant ait eu un rôle très important sur l'introduction du volontarisme dans la pensée juridique. En ce sens également, V. Ranouilh "L'autonomie de la volonté", 1980, p. 53.
- (2) Savigny, Traité de droit romain, Tome III, p. 103 et 275. Traduction Guenoux, Paris, 1843, 1855. Voir aussi A. Grieg, Archives de Philosophie du Droit, 1957, p. 127.

cette espèce de faits juridiques qui non seulement sont des actes libres mais qui, d'après la volonté de l'agent, ont pour but immédiat d'engendrer ou de détruire un rapport de droit... En effet la volonté en soi (1) est seule importante et efficace, mais comme fait intérieur et invisible, elle a besoin d'un signe extérieur qui la fasse connaître et ce signe qui manifeste la volonté et sa déclaration ont entre elles une relation, non pas accidentelle mais naturelle."

Faisons ici une brève remarque sur l'apparition de ce terme "autonomie" ou sur les expressions "autonomie de l'homme", "autonomie des citoyens". Nous les trouvons pour la première fois dans le vocabulaire internationaliste avec Foelix, en 1843, dans son "Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé." L'"autonomie" était l'explication a posteriori des solutions pratiques généralement reçues. Nous retrouvons cette expression en 1880/1882 avec l'internationaliste Belge Laurant, "Le droit civil international", mais ici elle devenait le principe a priori de la solution des conflits de lois en matière contractuelle, la volonté expresse, tacite ou présumée déterminait la compétence de la loi. Jusqu'en 1894, la plupart des Internationalistes seront favorables à l'idée

(1) Souligné par nous.

d'autonomie - par exemple Brochet "Cours de droit international privé", 1883 pour, à partir de cette date, s'en défaire. (1) Les internationalistes attaqueront "l'autonomie de la volonté" parce qu'elle avait selon eux un fondement erroné en ce qu'elle supposait que la volonté était, à l'égal de la loi, source de droit. Weiss (2) écrivait: "L'autonomie n'est qu'une concession de la loi nationale" ... les articles 1134 et 6 Code civil français énoncent le principe et la limite de l'autonomie de la volonté"... "Le principe de l'autonomie ne s'applique que dans la mesure où la volonté des parties est souveraine." (3) Ainsi, au moment où elle était abandonnée par les Internationalistes, cette idée était reprise par les privatistes. Le droit des contrats, pour ne pas dire le droit civil en général, a peut être fonctionné tout au long du XIX^{ème} siècle sur le critère de l'autonomie de la volonté mais il ne

- (1) Voir en ce sens V. Ranouilh "L'autonomie de la volonté." PUF 1980 - qui nous rappelle que ce fut Brocher qui rapprocha le mot d'autonomie de celui de volonté mais l'autonomie selon l'auteur émanait de la loi: voir Cours de droit international privé, Tome II, p. 67. En ce sens également, Worms "De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations" 1891, p. 191; Geny "Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif", 1893, pp. 144, 173.
- (2) Weiss, Traité élémentaire de droit international privé 1886, Tome IV, p. 335.
- (3) Pourtant le même auteur dans son "traité théorique et pratique de droit international privé", 1^{ère} éd., 1898, Tome III, p. 64 écrira: "C'est par ses sujets et pour ses sujets que l'Etat existe: la souveraineté territoriale n'est que l'accessoire, que la dépendance de la souveraineté personnelle"... mais sans pour autant y voir là l'individu source du droit. H. Batiffol, "Le rôle de la volonté en droit international privé" rappelle que "le mythe contractualiste.. est ressuscité au XX^{ème} siècle en droit international", p. 78.

s'agissait que d'un critère technique, d'une technique juridique destinée à résoudre les conflits en matière contractuelle (1) et l'expression n'apparaissait pas. Cette donnée n'était pas du domaine de la conscience des juristes (2) et n'était certes pas le concept par lequel et en tout premier lieu, la liberté était brandie. Dans cette mesure, l'article 6 Code civil français (notion de bonnes moeurs) et l'expression si essentielle "légalement formée" de l'article 1134 (portant principe de la liberté contractuelle) seront ni plus ni moins qu'ignorés. Inversement, avec "l'Etat social", "l'autonomie de la volonté" va être la doctrine (3) qui va poser que la liberté contractuelle exprime la souveraineté du sujet d'une part, souveraineté contestée par l'Etat d'autre part. Nous avons sans doute là un des éléments

- (1) C'était très exactement aussi le sens que les internationalistes en avaient.
- (2) "Le procédé technique de la destruction du contrat est... depuis longtemps fixé; il suffit de savoir s'en servir." G. Rigert, "Le régime démocratique et le droit civil moderne", p. 255.
- (3) Voir Demogue "Les notions fondamentales du droit privé", Essai critique, 1917.

centraux de la culture juridique du XX^{ème} siècle. (1)
Pourtant cette doctrine n'aura d'égale à l'impétuosité
qu'elle affiche que les ambiguïtés qu'elle n'ose
toujours s'avouer. Ainsi Planiol (2) se demande dans
quelle mesure les actes juridiques dépendent des
volontés individuelles et estime que la réponse se
trouve dans l'adage "tout ce qui n'est pas interdit
est permis", donc que "la volonté privée est autonome
sauf les limites fixées par la loi." Outre que l'ex-

- (1) Ph. Malaurie , "L'ordre public et le contrat",
1953. "L'ordre public, entendu comme l'ensemble
des restrictions mises par l'Etat à la liberté".
Esmein , Préface à l'ouvrage cité, p. VII:
"L'article 6 Code civil énonce la suprématie
de l'ordre public... (qui) joue... comme notion
autonome, barrière générale de l'autonomie de
la volonté." "Ainsi l'ordre public possède
une fonction perturbatrice au sein du droit
privé. C'est par l'ordre public que le droit
public peut troubler le droit civil et que celui-
ci s'auto-limite (Ph. Malaurie, p. 17). "Partout
la liberté individuelle est en recul, et à
ses dépens, l'Etat renforce ses pouvoirs." (ibid p. 19)
G. Farjat, "L'ordre public économique", thèse
Paris 1963. "L'Ordre public n'apparaît que comme
l'antithèse de la liberté contractuelle" (p. 32)
et voir aussi p. 201 sa "classification des types
d'atteinte à la liberté contractuelle."
- (2) Planiol, "Traité élémentaire de droit civil", 1900,
p. 110.

pression "autonomie de la volonté" n'est pas employée, la formule est ambiguë: "autonome sauf les limites fixées par la loi" peut vouloir dire qu'en matière de source du droit il n'existe que la loi. Mais en même temps, on parle d'une volonté privée autonome.

Avec Capitant (1) on trouve l'expression "autonomie de la volonté" dans la section consacrée au caractère des lois de droit privé qui sont "purement déclaratives ou supplétives de la volonté des intéressés" (2); ces lois, parce qu'elles guident ou conseillent, laissent à l'individu le pouvoir de créer ses propres lois et à ce titre s'opposent aux lois impératives qui enlèvent toute autonomie aux individus. (3) Le problème des sources du droit s'inscrivait alors au sein d'un débat savant où il s'agissait de déterminer les lois qui étaient supplétives et celles qui étaient impératives.

- (1) Capitant, "Introduction à l'étude du droit civil", éditions 1898 et 1912.
- (2) Voir V. Ranouilh , op.cit., p. 95.
- (3) Voir E. Gounot, "L'autonomie de la volonté en droit privé", 1912, p. 180 et sv. et sa critique à une telle analyse. Olive, "Etude sur la théorie de l'autonomie en droit international", 1899, p. 51. Niboyet, "La théorie de l'autonomie de la volonté", 1903, p. 51 et sv.

Abandonnant pourtant ce débat, l'éminent auteur écrira (1):
"l'acte juridique nous apparaît donc comme un acte libre produisant les effets que son auteur a voulu y attacher... Les articles 1134 et 1156 Code civil français consacrent pour les contrats qui sont les actes juridiques les plus importants, ce grand principe de la liberté des parties, ou, comme on dit encore plus justement, de l'autonomie de la volonté."

A partir de la fin des années vingt, le débat au sein de la doctrine française perdra de son importance; après la passion sera venu le temps de l'apaisement. Tout au long du siècle, le débat sur les sources du droit sera évité (2), un léger mystère sera entretenu autour de cette question. Les auteurs préféreront demeurer dans un certain obscur, plutôt que d'agiter les vieux démons. Aussi la notion d'autonomie de la volonté sera-t-elle présentée comme le principe qui domine le droit des contrats - voire même le droit civil tout entier - et le droit positif sera perçu comme autant d'exceptions à ce principe. (3) Le Doyen Carbonnier écrira ainsi: "L'autonomie

(1) Capitant, "Introduction à l'étude du droit civil; 1923, 4^{ème} édition, p. 295.

(2) Ce débat sera une des préoccupations constantes de M. Villey et dans "Archives de philosophie du droit", la dernière édition (1982) est d'ailleurs consacrée à ce problème.

(3) Hemard, 1928, Gaudemet 1937, Planiol et Ripert 1956, Marty et Raynaud 1962, Mazeaud 1969, Flour et Aubert, 1975, etc.

de la volonté n'en conserve pas moins, même aujourd'hui, valeur de principe." (1) De même lisons-nous sous la plume de Flour et Aubert: "L'autonomie de la volonté n'est pas absolue, elle demeure la règle." (2) Aujourd'hui nous pouvons lire avec la thèse de F. Caballero (3), "Première partie: nuisance et droit objectif... Deuxième partie: nuisance et droit subjectif" sans qu'il n'y ait la moindre justification quant au choix d'une telle méthode. Nous trouvons même au contraire: "On ne reviendra pas sur les discussions d'ordre philosophique ni juridique tendant à nier l'existence des droits subjectifs." (4)

(1) J. Carbonnier, Droit Civil, Les Obligations, p. 33.

(2) Flour & Aubert, Droit Civil, Les Obligations, Volume I, p. 88.

(3) F. Caballero, "Essai sur la notion juridique de nuisance" LGDJ, 1981.

(4) F. Caballero, op.cit., note n^o 78, p. 15.

II. L'abandon du volontarisme et les doctrines objectivistes sur les sources du droit.

Tout comme nous n'avons pas entendu présenter de manière exhaustive les diverses écoles subjectivistes et volontaristes en matière de source du droit, mais plutôt ce qui nous a semblé être les points forts à partir desquels le débat s'inscrivait, nous n'entendons pas davantage ici présenter tous les courants objectivistes qui ont pu - ou peuvent aujourd'hui - exister en la matière. Là aussi nous tenterons plutôt de faire ressortir les idées centrales à partir desquelles les "objectivistes" tireront leur conception du droit et nieront le subjectivisme.

"L'Etat de droit" réalise, pour parler très simplement et en simplifiant, l'agencement de ses deux sphères constitutives - la société civile, l'Etat-administration - (1) et la notion de source du droit, pour la doctrine objectiviste, sera tantôt issue de la société civile, tantôt de l'Etat-administration (2). Mais en même temps des tentatives de "dépassement-conciliation" verront le jour.

(1) Voir P. Nerhot, Rationalisme et Etat moderne. Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1984.

(2) Nous avons vu qu'il en allait aussi ainsi pour les subjectivistes, qui voyaient soit en l'individu de la société civile, le principe de l'Etat de droit, soit en l'Etat-personne (Etat-souverain) le principe de l'Etat de droit.

A - Quelques aperçus de l'objectivisme dans le débat sur les sources du droit.

Un nom célèbre vient ici immédiatement à l'esprit, celui de Kelsen. Pour l'illustre auteur, dans l'ordonnement juridique - "système normatif" - il n'y a de droit subjectif que par délégation de la norme supérieure - étatique. Un individu est ainsi amené à exercer un pouvoir sur un autre individu mais le dualisme individu-Etat sera nié. Nous savons que Kelsen ne connaît le droit que comme un système de normes, ordonnancement posé par l'Etat. "L'Etat et l'ordre juridique sont une seule et même réalité, l'Etat n'est qu'un système de normes et il n'y a de norme juridique que dans l'Etat et par l'Etat" (1). La règle de droit n'édicte qu'une obligation juridique qui est pour le sujet d'adopter telle conduite que l'ordre étatique vise à provoquer, faute de quoi sera exercée contre l'obligé une certaine contrainte. Ainsi n'existe nulle part de création de droit subjectif au profit de qui que ce soit et il n'y a qu'obligation à un impératif. Le droit subjectif ne sera conçu ni comme "volonté", ni comme "intérêt", ni comme "bien" mais comme protection, comme composant de l'ordre juridique, c'est à dire comme prescription juridique dans une relation particulière au sujet. C'est ainsi qu'avec Kelsen la source unique du droit était l'Etat - ce qui n'était peut-être pas original à dire

(1) Kelsen "Aperçu d'une théorie générale de l'Etat". Revue de droit public et de science politique, 1926, p 574.

eu égard à la culture juridique dont il était l'héritier - mais ce qui l'était plus, c'était la méthode par laquelle Kelsen se détachait du volontarisme juridique, le normativisme (1). Mais sur Kelsen nous n'insisterons pas davantage, l'oeuvre de l'éminent auteur est suffisamment connue pour que nous n'ayons à y revenir, et nous mettrons davantage l'accent sur un auteur certes pas inconnu, puisqu'il s'agit de Duquitt, mais dont l'oeuvre fut fortement imprégnée par les débats sur le subjectivisme et l'objectivisme. Avec Kelsen l'objectivisme renvoyait à l'Etat; avec Duquitt il renverra à la société civile.

"J'ai essayé de montrer que l'évolution juridique... se caractérise par la substitution constante et progressive d'un système juridique d'ordre réaliste et socialiste à un système d'ordre métaphysique et individualiste" (2). Cet avertissement de Duquitt

- (1) Nous avons beaucoup de choses de ce genre en germes déjà avec notamment Jellinek lorsque celui-ci voyait l'Etat - cf. supra p 16 - comme un corps de règles juridiques s'autorégissant.
- (2) Duquitt, "Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon", avertissement à la première édition, 1920. L'auteur reviendra d'ailleurs systématiquement sur ce point. Dans son traité de Droit Constitutionnel - 1927. p 24 - par exemple, Duquitt estime que le premier quart du XXème siècle est essentiellement caractérisé par le passage du subjectivisme à l'objectivisme. Bonnet-Willig soulignait aussi cela in "La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente", tome I, pp 318-319: "La date de 1880 symbolise une réaction des plus nettes contre 'l'incarnation de la pensée juridique française, telle que nous la devons à l'Ecole de l'Exégèse. L'Ecole Scientifique l'emporte définitivement sur l'Ecole Exégétique".

rend fidèlement compte de l'enjeu du débat doctrinal à travers le problème des sources du droit au tournant du siècle (1). L'

auteur va reprendre sous un angle critique toutes les bases à partir desquelles s'articulaient les droits subjectifs pour la pensée classique. Reprenant A. Comte (2), ("le mot droit doit être autant écarté du vrai langage politique que le mot cause du vrai langage philosophique. De ces deux notions théologico-métaphysiques, l'une (droit) est désormais immorale et anarchique comme l'autre, cause, est irrationnelle et sophistique... Il ne peut exister de droits véritables qu'autant que les pouvoirs réguliers émanent

(1) Tarde - "Transformations du Droit", 1893. "Toutes les obligations juridiques conventionnelles ou non naissent de la rencontre de l'intérêt individuel et de l'intérêt social. Si l'Etat laisse subsister le principe de la liberté des conventions et donne force de loi à ces ordres réciproques que s'adressent les parties, c'est qu'une présomption simple d'équivalence d'avantages, d'équation des valeurs y est attachée. Le contrat est donc un fait social qui puise sa valeur juridique non dans le simple accord des volontés mais dans sa conformité à une justice objective". En ce sens également Demogue "Les notions fondamentales du Droit privé", Essai critique, Paris 1911, p 147.

(2) A. Comte: Système de politique positive, ed. 1890 . I, p 361.

de volontés surnaturelles. Pour lutter contre ces autorités théocratiques, la métaphysique des cinq derniers siècles introduisit de prétendus droits humains qui ne comportaient qu'un office négatif. Quand on a tenté de leur donner une destination vraiment organique, ils ont bientôt manifesté leur nature antisociale, en tendant toujours à consacrer l'individualité. Dans l'Etat positif qui n'admet pas de titre céleste, l'idée de Droit disparaît irrévocablement. Chacun a des devoirs envers tous, mais personne n'a aucun droit proprement dit... En d'autres termes, nul ne possède plus de droit que celui de faire son devoir" (1)), Duguit estime que ce passage de "l'Etat libéral" à "l'Etat social" - est une rupture avec ce qu'organisa la révolution française. "La notion fondamentale qui est à la base de 1789 et de 1804 et de toutes les législations positives qui s'en sont inspirées est celle de Droit subjectif: le Droit subjectif de l'Etat personnifiant la collectivité, le Droit subjectif de l'

- (1) E. Picar disait quant à lui - "le Droit pur" 1909, p 79: "Dans la réalité, ce n'est pas en tant qu'individu que l'homme intéresse le législateur, les pouvoirs publics et le juriste, mais bien en tant qu'unité sociale, ... rouage subalterne enchâssé dans un mécanisme complexe et formidable, il doit se comporter en fonction du milieu auquel il ressortit; à chaque fois qu'il exerce un droit, fût-ce en apparence le plus individuel et le plus égoïste, c'est encore une prérogative sociale qu'il réalise et c'est dans une direction sociale qu'il doit l'utiliser..."

individu. Je dis que cette notion est purement métaphysique, ce qui est en contradiction certaine avec les tendances des sociétés modernes et avec le réalisme... le positivisme de notre époque" (1). C'est très précisément parce que cette conception purement "individualiste" du droit était intimement liée à la conception métaphysique du droit subjectif, estimait Duguit , (qui y voyait par ailleurs une nécessité historique), qu'elle était appelée à disparaître à un moment où la société était pénétrée de "réalisme" et de "positivisme". Outre son incongruité historique, cette notion souffrait pour Duguit d'un vice originel: la conception individualiste était également insoutenable car l'individu ne peut avoir de droits que quand il vit en société et parce qu'il vit en société: "parler de droits antérieurs à la société, c'est parler du néant" (2).

(1) Duguit , op. cit., p 9. L'auteur dira plus loin: "A cette notion métaphysique de droit subjectif - 1789, 1804 - se rattachait une conception purement individualiste de la société et du droit objectif, c'est à dire du droit s'imposant comme règle de conduite aux individus et à la collectivité personnifiée, à l'Etat.

(2) Duguit , op. cit., p 18.

Une fois rejetée la théorie du contrat social - hobbiste ou rousseauiste - et le volontarisme quant aux sources du droit, Duguit posa l'hypothèse de l'objectivisme, d'une source du droit où la volonté ne tiendrait aucun rôle: "Le droit est beaucoup moins l'oeuvre du législateur que le produit constant et spontané des faits". Les lois positives, les codes peuvent subsister intacts dans leurs textes rigides: peu importe; par la force des choses, sous la pression des faits, des besoins pratiques, se forment constamment des institutions juridiques nouvelles. Le texte est toujours là, mais il est devenu sans force et sans vie; ou bien par une exégèse savante on lui donne un sens et une portée auxquels n'avait point songé le législateur quand il l'écrivait" (1).

Le fondement du Droit sera pour Duguit "réaliste et socialiste" (2), la règle juridique qui s'impose aux hommes n'a point pour fondement le respect et la protection des droits individuels qui n'existent pas, d'une manifestation de volonté individuelle, qui par elle-même ne peut produire

(1) Duguit, op. cit., p 3. Ici se situe donc le point de rupture avec Kelsen. Ici se situe donc le point

(2) Nous rappelons que "socialiste" pour Duguit n'a pas le sens politique traditionnel. pour Duguit n'a pas le sens politique traditionnel.

aucun effet social. La règle juridique "repose sur le fondement de la structure sociale, la nécessité de maintenir cohérents entre eux les différents éléments sociaux par l'accomplissement de la fonction sociale qui incombe à chaque individu" (1).

Les éléments constitutifs de la cohésion sociale, Duguit les trouvera dans ce que Durkheim appelait la ^{que} "solidarité sociale". Si l'homme n'est libre/pour développer son individualité et seulement dans la mesure où il agit en vue de cette fin, il ne peut rien faire qui serait de nature à restreindre ou à supprimer ce développement; et l'Etat, interprète du droit objectif, peut et doit intervenir pour le lui interdire. De ce paradoxe, Duguit concluera qu'il n'y a donc pas atteinte à un prétendu droit, mais tout simplement l'application de la solidarité sociale, qui est la loi fondamentale de toutes les sociétés modernes.

Prenant comme exemple la durée quotidienne du travail, l'auteur dira "la loi peut et même doit limiter la durée maximum du travail quotidien. La raison en est toujours la substitution de la conception de la liberté-fonction à la conception de la liberté-droit" (2).

(1) Duguit , op.cit., 2ème conférence "La notion nouvelle de la liberté", p 25

(2) Duguit , op. cit., p 44. Idée que reprendra H. Virally "La pensée juridique" 1960, notamment p. 62 et 90.

Après avoir posé les bases d'une théorie du droit radicalement nouvelle et esquissé une définition de la liberté, l'auteur abordera la pierre angulaire de la théorie subjectiviste, la notion "d'autonomie de la volonté". "L'autonomie de la volonté" étant le pouvoir de vouloir (Wollen-dürfen) juridiquement, cette notion se rattache logiquement à la question du sujet de droit, donc à un problème de définition de celui-ci qui, comme nous l'avons vu, s'inscrit en fait dans une philosophie générale du droit. Pour Duguit la théorie de l'autonomie de la volonté se ramène, en droit civil, à quatre propositions; tout sujet de droit doit être un sujet de volonté. Tout acte de volonté d'un sujet de droit est socialement protégé comme tel. Il est protégé à la condition toutefois qu'il ait un objet licite. Toute situation juridique est un rapport entre deux sujets de droit dont l'un est le sujet actif et l'autre le sujet passif (1). Reprenant ces éléments, Duguit va montrer par les faits comment ceux-ci disparaissent ou se transforment lors de ce passage de l'Etat-libéral à "l'Etat-social". Nous ne reprendrons ici que la première proposition:

(1) Duguit , op. cit., p 57.

tout sujet de droit doit être un sujet de volonté, en d'autres termes qu'il n'y a de personnalité juridique que là où il y a volonté. Le débat était évidemment d'importance, la doctrine devait tenter de rendre compte de ce nouvel agencement juridique que "l'Etat social" mettait en place: les associations, les syndicats professionnels... autant d'entités qui n'étaient pas les individus au sens où ils avaient été entendus jusqu'alors. Pour Duguit la seule question qui se posait était une question de fait: une collectivité, association, corporation, fondation, poursuit-elle un but conforme à la solidarité sociale "telle qu'elle est comprise à un moment donné dans le pays considéré et par conséquent conforme au droit objectif de ce pays? (1). Analysant le droit positif (2), Duguit observera dans un premier temps que l'expression "traditionnelle" de "personnalité morale" ou "personnalité juridique" n'existe pas et, dans un second temps, l'auteur relèvera ce qu'il estimera être l'esprit de la loi:

(1) L. Duguit , op. cit. p 77

(2) Notamment la loi de 1901 sur les associations.

"à chaque article nous voyons apparaître la notion fondamentale du droit moderne, la notion de but... ce que le législateur moderne protège, ce n'est pas la volonté collective... c'est le but que poursuivent ses membres" (1). Dans cette notion de but, l'auteur voudra voir une contradiction fondamentale avec la doctrine subjectiviste car, selon lui, si la loi avait donné vraiment par sa toute puissance la qualité de sujet de droit aux associations, cette limitation par le but n'aurait pas de raison d'être. Toute la signification de cette loi sur les associations consiste en ceci: "les actes de ces individus faits en vue du but poursuivi sont juridiquement garantis et les affectations de richesse faites à ce but sont aussi juridiquement protégées" (2).

Restera à Duguit un dernier point à aborder et pas le moindre: la notion d'acte juridique. La doctrine subjectiviste avait voulu considérer que la notion de contrat était l'acte juridique par excellence et que donc la notion d'acte juridique renvoyait "peu ou prou" à la notion de contrat, pierre angulaire de tout le droit civil.

(1) Duguit , op. cit., p 77

(2) Duguit , op. cit. p 89; notons au passage comme nous sommes proches de ce que Jhering avait pu proposer: "intérêts juridiquement protégés"!!

Nous pouvons peut-être ici faire de brefs rappels.

"En abordant la notion d'acte juridique, on a pénétré dans la "sphère orageuse des controverses", disait J. Boulanger en abordant cette question (1). L'influence du RGB (2) était manifeste et pour certains auteurs, qui rejetaient cette notion d'acte juridique, il s'agissait là d'une philosophie juridique sans intérêt pour la jurisprudence. Les privatistes entendaient maintenir le débat sur le terrain de la pure technique et, ainsi que le rappelle J. Hausser (3), "c'est au doyen Julliot de la Morandière que l'on doit d'avoir sensiblement élargi la problème en sortant du plan de la pure technique juridique et en rappelant la socialisation du contrat qui ramène le Code civil au "Code du secteur libre". Et J. Hausser de poursuivre, "c'est certainement là, à notre avis, le point capital trop souvent oublié. Ce n'est pas par hasard que la théorie générale de l'acte juridique

(1) J. Boulanger, Travaux de l'Association H. Capitant, 1945. Tome 1, p 81.

(2) Articles 104-185 (consacrés aux actes juridiques du général), 138 et 343 (clause pénale).

(3) J. Hausser, "Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique", 1972 - P 34.

est d'abord née en droit public - (1) -; c'est bien évidemment parce que non contractualiste, au sens libéral du terme, que le droit public a certainement construit des cadres propres à accueillir les formes nouvelles de l'action de l'homme dans son milieu. Le droit privé n'a pas fait de même ou l'a fait, mais lentement" (2).

Le problème allait d'ailleurs se reposer dans les mêmes termes quelques temps plus tard lors des travaux de la Commission de Réforme du Code civil; certains membres voulaient maintenir l'analyse traditionnelle et donc non seulement maintenir mais surtout étendre les règles applicables au contrat et d'autres voulaient inclure dans le nouveau code des règles générales pour la notion d'acte juridique. Si certains auteurs étaient favorables à la notion d'acte juridique, c'était parce que la notion de contrat était devenue insuffisante. H. Mazeaud, adversaire de cette thèse, avançait qu'une rédaction d'une telle théorie générale était pratiquement impossible et qu'ensuite, il deviendrait impossible d'écrire des textes sur les contrats (3). C'est à ce titre que M. Houin fit quant à

(1) A la grande stupéfaction des privatistes lorsqu'ils le constatèrent quelques années plus tard et alors qu'ils abordaient cette question à leur tour.

(2) J. Hausser, op. cit., p 35.

(3) Travaux de la Commission de Réforme du Code civil 1946-1947, p 237 et suivantes.

lui remarquer que ce qu'il convenait de rénover c'était la notion de contrat puisque, selon lui, la notion traditionnelle n'existait plus (1). C'était dire nettement qu'en fait, adopter ou non la théorie générale de l'acte juridique ne revenait ni plus ni moins qu'à conserver ou rejeter la théorie classique du contrat (2).

Revenons maintenant à Duguit . L' auteur va être le premier à tenter une théorie générale de l'acte juridique. Pour lui, l'acte juridique sera "tout acte de volonté ayant pour objet de modifier la sphère juridique d'un individu" (3) mais où la Willenstheorie - ainsi que les juristes français ou belges - voyait dans l'acte interne de la volonté (volition) l'acte créateur d'un effet de droit (4), Duguit estimera quant à lui que c'est au contraire l'acte externe de la volonté - la déclaration

(1) Travaux de la Commission de Réforme du Code civil 1946-1947, p 268.

(2) Cf. G. Ripert "Le régime démocratique et le droit civil moderne".

(3) Duguit , op. cit., quatrième conférence, p 84.

(4) Cf. *supra* notamment Savigny

de volonté - qui est l'acte créateur d'un effet de droit. Une évolution semblable se dessinait évidemment en Allemagne et la Willenstheorie rompra avec la théorie de l'autonomie de la volonté. Brinz (1871) (1) écrira: "ce n'est pas l'intention et la volonté du déclarant qui donnent sa caractéristique à l'acte juridique". Déjà Liebe (1840) énonçait (2): "La promesse en soi ne se distingue en rien d'une conversation ordinaire. Elle contient la déclaration de la volonté d'une partie: mais chacun peut modifier sa volonté jusqu'au moment de sa réalisation...". Mais ce sera principalement avec Bulöw qu'une théorie générale de la déclaration de volonté va venir à maturité: "la volonté est simplement à l'origine de la déclaration mais ne se perpétue pas en elle...". La signification psychologique et juridique de la volonté réside uniquement dans le fait qu'elle est un facteur de la genèse des actes juridiques". En d'autres termes, la volonté relèvera de la notion de cause d'un acte juridique mais ne sera pas une composante même de l'acte juridique.

(1) Brinz, cité par A. Rieg, *Archiv. de philosophie du droit*, op. cit., p 128.

(2) Liebe, in A. Rieg, op. cit., p 130/131.

L'influence du BGB (1) aura une influence considérable en France.

Les théoriciens de cette évolution juridique, moment de passage de "l'Etat -libéral" à "l'Etat-social" vont réaliser un renversement de la doctrine subjectiviste. "Tant que l'on n'a vu dans le droit objectif que la protection du sujet de volonté qu'est chaque individu humain, l'acte juridique était essentiellement l'acte de volonté interne du sujet de droit; et c'était cet acte de volonté interne que le droit protégeait. Mais du moment que l'on admet que la situation de droit n'a de valeur et ne mérite protection que lorsqu'elle correspond à un but social, elle ne peut naître que d'un acte qui a lui-même un caractère social; elle ne peut donc résulter que d'un acte de volonté externe, parce que tant que la volonté ne s'est pas manifestée à l'extérieur, elle est d'ordre purement individuel, elle ne devient un acte social que par sa manifestation" (2).

(1) "se plaçant sur le terrain de l'Erklärungstheorie" disait A. Rieg, op. cit.

(2) Duguit, op. cit., pp 86-87.

Mettre en situation la notion de but social et l'acte juridique aboutissait fatalement à la théorie de la cause du contrat ou d'un acte juridique. L'acte de volonté est protégé à la condition qu'il ait un objet licite et que le but de la déclaration de volonté le soit également (1). Mais c'était aussi et surtout, redéfinir le rapport entre l'individu, par exemple contractant, et l'Etat.

- (1) Nous ne dégageons ici que l'histoire qui verra la théorie de la cause venir occuper le premier plan des doctrines sur l'acte juridique. La notion de cause et sa conceptualisation provoqueront bien évidemment tout au long du siècle des débats interminables. Les auteurs anticausalistes videront la cause "illicite" de tout contenu. Pour eux, la notion d'objet sera amplement suffisante. Si nous prenons l'exemple de Planiol, l'éminent auteur se refusera de faire jouer à la cause le moindre rôle et son Traité élémentaire de Droit civil, 5ème édition - 1909 - n° 1009, ne comportera qu'un chapitre de l'illicite: celui de l'objet. A l'inverse, les causalistes verront dans les articles 1131 et 1136 du Code civil français le texte essentiel d'application de l'article 6. Avec eux, c'est la cause qui va limiter et préciser le principe de l'ordre public. Ainsi Capitant écrira-t-il que "la cause est la notion vivante et protectrice de la morale et de l'ordre public..." Le doyen Carbonnier: "Notre temps, si social, devait essayer de socialiser la cause. Il l'a alors envisagée comme la fonction économique-sociale du contrat hors de laquelle celui-ci serait indifférent au droit, et partant, destitué de sa sanction juridique". RT.D.C. 1952, p 235.

B - Quelques tentatives de "dépassement-conciliation"
de l'objectivisme et du subjectivisme (1).

Josserand (2) reprendra cette idée du droit limité par les buts mais en signalant néanmoins que ceci a toujours plus ou moins existé, que cette idée n'est pas à proprement parler radicalement neuve et que tout au plus s'est-elle propagée (3). L'explication de ce phénomène réside, selon l'auteur, dans la notion d' "abus des droits" et à ce titre il écrira: "La théorie de l'abus s'est développée en un double sens, dans une double direction: d'une part elle s'est

- (1) Nous ferons abstraction ici des travaux de Hauriou ce qui pourra sembler surprenant. C'est qu'encore une fois nous ne voulons pas présenter tous les courants et auteurs qui écrivent sur ces thèmes. Ici nous avons choisi de faire référence soit à des auteurs moins célèbres, soit à des auteurs un peu isolés. Pourtant il est vrai que Hauriou fut l'exemple même de ces tentatives de "conciliation-dépassement"; voir notamment: "Principes de droit public", 1910, 1ère édition p 159 et suivantes et surtout pp 551 et 696; 1916 - 2ème édition pp 136 et suivantes, 143 et 146. "La cité moderne et les transformations du droit", Cahiers de la nouvelle journée, 1926. Voir aussi notes de jurisprudence, Sirey 1926, III - p 25.
- (2) L. Josserand "De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits". 1939.
- (3) Lyon 18/04/1856. DP 1856-2-199.
Colmar 2/05/1855. DP 1856-2-9.

propagée jusqu'à des domaines jusque là inexplorés, elle est venue causer et limiter ces droits avec lesquels elle n'avait pas jusqu'alors pris le contact... D'autre part elle a changé de signification et de critère: tandis que, pour les juristes romains, l'acte abusif était surtout, sinon exclusivement, l'acte malicieux, il est devenu, dans l'état actuel de notre droit positif, l'acte antifonctionnel, l'acte contraire à l'esprit d'un droit déterminé, d'intentionnel qu'il était autrefois, le critère est devenu social..." (1)

En attribuant au droit une fonction sociale (2), le critère de l'abus de droit va venir causer le droit que la doctrine subjectiviste considérait comme absolu et souverain. La théorie de la cause va être une tentative de conceptualisation de la notion d'abus (3): l'usage licite finit

- (1) L. Josserand, op. cit., p 8. G. Ripert "Abus ou relativité des droits", revue critique de législation et de jurisprudence, 1929-: "la théorie de l'abus des droits, mise en forme à la fin du siècle dernier, est devenue classique en quelques années".
- (2) "La théorie de l'abus des droits permet la transformation sans heurts et par une simple évolution du droit individuel au droit social"... G. Farjat, l'Ordre public économique 1962 - p. 176.
- (3) Exprimée par l'article 6 du Code civil français qui énonce que l'on ne peut déroger à l'ordre public ou aux bonnes moeurs et par les articles 1131 et 1133, le premier posant la notion d'"acte illicite", le second le définissant comme acte prohibé par la loi parce que "contraire à l'ordre public et aux bonnes moeurs".

là où commence l'abus, que Josserand définira comme "le détournement de l'institution par rapport à l'esprit dans lequel elle doit régulièrement fonctionner" (1), et qui lui fera dire que "le droit constate les pouvoirs attribués à l'homme, mais que celui-ci n'exerce que dans les limites que la loi pose elle-même" (2). Nous retrouvons donc toujours le dualisme individu-Etat, mais en essayant de ne pas faire de ce dualisme un antagonisme indépassable. Cette conciliation entend en effet trouver chez l'auteur la possibilité d'un dépassement. Soit l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme qui pose que "la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme: tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement", mais le même article ajoute aussitôt cette réserve essentielle "sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi"; Josserand verra dans ce dualisme la nature véritable du droit et à ce titre, on le retrouvera en droit privé comme en droit public. En effet,

(1) Josserand, op. cit., p 214.

(2) Josserand, op. cit., p 79 - voir *infra*, Winsheid.

pour l'auteur, s'imposait un rapprochement entre "ces deux grandes floraisons voisines, la théorie civiliste de l'abus des droits et la théorie administrative du détournement de pouvoir" (1), en ce que la théorie du détournement de pouvoir, "chef d'oeuvre du Conseil d'Etat", serait l'un des plus beaux hommages aux notions de mobiles et de but (2). Pour Josserand, l'abus était intimement lié à l'idée de destination des droits, dont la compression, socialement indispensable, est assurée

(1) L. Josserand, op. cit., p259.

(2) Sans doute est-ce que le rapprochement mérite-t-il d'être effectué, mais il convient pourtant selon nous de prendre garde: le détournement de pouvoir aboutit à l'annulation de la décision exécutive incriminée, alors que l'action fondée sur un abus de droit tend uniquement à l'obtention d'une indemnité. De ce régime des sanctions différent peut-être être posé que la nature du lien qu'organise la règle de droit selon qu'il s'établira entre l'individu et l'Etat ou entre les individus sera différente. Il y a pourtant eu une thèse qui opéra une véritable révolution en la matière: Japiot "Des nullités en matière d'actes juridiques", thèse Dijon 1909, où l'auteur "déplace le centre de gravité du contrat à la règle de droit violée" (J. Carbonnier, Introduction au droit civil). A l'idée que la nullité est une qualité du contrat, il substitue une conception objective de la nullité: la nullité est la sanction d'une règle légale et c'est de la nature de cette règle qu'il faut déduire le but et le régime de la nullité. C'est d'ailleurs ce que nous semble montrer l'Ordre public économique où la plupart des dispositions aboutissent non à l'annulation du contrat mais à sa modification. L'article 1172 du Code civil qui exige la nullité de cette convention si la condition (contestée) a été déterminante se voit infléchi par la notion de cause. Voir G. Farjat, op. cit., p 373 et suivantes.

non seulement par les limites concrètes tracées dans les instruments législatifs ou réglementaires mais aussi par les frontières moins apparentes qui se déduisent de la fonction sociale des diverses prérogatives juridiques, et cela au moyen "d'un procédé d'investigation constant, uniforme et sûr: la recherche du motif légitime" (1). Les prérogatives apparaissaient ainsi à l'éminent auteur non pas comme les droits souverains mais comme des facultés à intérêts limités. Ainsi, de sa fonction sociale, se dégagait la nature du droit, ainsi qu'une réflexion sur sa source: "nos prérogatives individuelles suffisent au consentement de la communauté sociale, soit que ce consentement émane expressément des pouvoirs publics - comme c'est le cas ordinaire -, soit qu'il se dégage directement et instinctivement de la conscience collective qui devient ou qui reste son propre législateur" (2). Le dualisme que nous notions précédemment se retrouve dans la discussion sur les sources: il est le fait de l'Etat (expression de l'intérêt général) ou le fait de la société civile (la "conscience collective"). Il n'y a pas ici d'opposition

(1) Josserand, op. cit., p 311.

(2) ibid. p 342 et la référence aux travaux de Durkheim, chemin qu'avait emprunté Duguit avant lui.

radicale et, citant Jhering , "l'Etat est la source unique du droit" (1), l'auteur dira quant à lui: "s'il est excessif de dire que l'Etat est la source unique du droit, il faut admettre avec Jhering que l'administration du droit est la fonction primordiale de l'Etat" (2). En d'autres termes pas de droit positif sans le sceau de l'Etat (3). La position de l'auteur devenait ambiguë et il écrivait: "à côté de l'élément subjectif qui, à notre avis, subsiste et subsistera toujours, on a vu apparaître l'élément objectif, social, qui se développe rapidement et qui, dès mainte-

- (1) Jhering , Der Zweck im Recht, Trad. Meullenaere, p 213.
- (2) Josserand, op. cit., p 321.
- (3) L'auteur venait en fait très exactement sur les positions de l'éminent juriste allemand Winsheid pour qui, si la fonction du droit privé était de tracer les frontières entre les "Willensherrschaften" des individus respectifs, de déterminer la mesure dans laquelle la volonté de chaque individu sera déterminante pour les autres, ce pouvoir de volonté est conféré par le droit objectif. Winsheid aboutissait à sa définition célèbre du droit subjectif à la fois Willensherrschaft - souveraineté de volonté - Willensmacht - puissance de volonté - toutes deux conditionnées et limitées par le droit objectif. (Cf. A. Rieg, Arch. Phil. du Droit, op. cit.)

nant, occupe la première place. (1) Dualisme donc mais où les deux éléments sont juxtaposés, où, à partir d'une donnée historique (non précisée) - l'un l'emporte sur l'autre puis, suite à une donnée historique nouvelle, la position de l'objectif et du subjectif bascule. Le rapport de l'un à l'autre exigeait ainsi de plus en plus à être précisé, précision qui allait aboutir en fait à la négation de ce dualisme: "il faut donc conclure qu'en admettant l'abus de la liberté... on est par là conduit à admettre du même coup l'abus de ce qu'on a appelé souvent les droits subjectifs et de ce que nous préférons appeler les droits nommés , catalogués, spécialisés, lesquels ne sont autre chose que la monnaie légale et certifiée de la commune liberté." (2) C'était donc dire que le droit objectif est de ce dont procède le droit subjectif. Pour Josserand en effet, "l'Etat social" qui se mettait en place faisait que "l'élément social qui coexiste dans tout droit avec l'élément individuel" tendait à se développer au détriment de ce dernier, ce qui ne pouvait que provoquer une évolution sensible de notre jurisprudence. En effet, faire prévaloir l'élément social amène à justifier l'emploi des moyens par la fin poursuivie, donc que le problème de la jurisprudence

(1) Josserand , op.cit., p. 321.

(2) Ibid., p. 325.

devient un problème de téléologie juridique (1). La théorie de l'abus chez Josserand présentera un aspect subjectif (les motifs de l'individu) et un aspect objectif (la fonction, le but du droit en cause). Mais ce dualisme fait de l'individu la finalité du droit, pas sa source; la volonté n'est reconnue que pour autant que l'Etat (ou ses appareils spécialisés) estime que ma volonté s'accorde avec la fonction sociale du droit dont je me prévaux donc que le droit subjectif, expression de ma volonté, n'est pas source du droit: Josserand dira à cet effet: "l'intérêt légitime est le fondement et la mesure de l'exercice des droits et de la protection qui leur est accordée par les pouvoirs publics" (2) et de poursuivre en énonçant: "il est de toute évidence que chacun de nos droits subjectifs (3)

- (1) "Le nouveau rôle de l'Etat n'est plus seulement négatif, mais positif, dispositif. Il ne s'agit pas de détruire le contrat, mais de le rendre conforme à certains impératifs... Le caractère "dispositif" de l'Ordre public économique ne surprend pas, il est commandé par le but recherché, "l'Etat ne recherche pas la raréfaction des contrats, mais leur conformité à ses vues. G. Farjat, l'Ordre public économique, 1963, p. 192.
- (2) Josserand , op.cit., p. 328: C'était encore et toujours retrouver la philosophie du droit allemande.
- (3) Le "glissement sémantique" est intéressant; le pluriel tend à exprimer une conception techniciste de la notion de "droit subjectif".

doit être orienté et tendre vers ce but; chacun d'eux a sa mission propre à remplir, ce qui revient à dire que chacun d'eux doit se réaliser conformément à l'esprit de l'institution; en réalité et dans une société organisée, les prétendus droits subjectifs sont des droits-fonctions." (1) La rupture avec la doctrine subjectiviste était posée mais la tentative d'une conciliation avait échoué. La position de Josserand était intéressante en ce que, parmi les privatistes, rares étaient ceux qui tentaient un dépassement du rapport objectivisme - subjectivisme. Beaucoup d'auteurs de

- (1) Cette notion de "droit fonction" que Josserand utilise pourrait laisser penser que l'auteur entend reprendre à son compte les théories de Duguit. Pourtant, il faut sans doute plus y voir un emprunt terminologique qu'un accord qui porterait sur toute une théorie. Chez Josserand, la notion de droit-fonction vient rendre compte de sa théorie de l'abus de droit. Pour Duguit il n'en était rien, tout au contraire: "La propriété est une institution juridique qui s'est formée pour répondre à un besoin économique... c'est-à-dire au besoin d'affecter certaines richesses à des buts individuels ou collectifs définis et par suite le besoin de garantir et de protéger socialement cette affectation... l'institution sociale qui est organisée pour atteindre ce double résultat, voilà la propriété au sens juridique du mot"... Les actes accomplis au chef de la propriété ainsi définie sont dans cette mesure protégés et "la jurisprudence en la matière s'en trouve ainsi expliquée sans recourir aux théories contradictoires et inapplicables de l'abus du droit... fondées sur la distinction impossible de l'usage normal et anormal du droit de propriété." L. Duguit, "La propriété, fonction social" in "Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon", 1920, p. 148 et sv., 166 et sv.

renom s'étaient penchés sur ce problème, sans doute le problème majeur de la doctrine au moment où se mettait en place "l'Etat social" mais, en règle générale, jamais dans une optique de "conciliation-dépassement". Il s'agissait toujours, plus ou moins, soit d'exclure la donnée "droit subjectif", soit ^{de} nier la primauté du "droit objectif". Il y aura pourtant eu une exception, une exception remarquable, celle de Gounot .(1)

S'interrogeant sur le fondement de la force obligatoire des libres conventions , Gounot (2) fait subtilement remarquer qu'il n'existe aucun rapport entre les conditions de l'action juridique et celles de l'action de fait.(3) Cela veut dire que chacun peut librement agir comme il l'entend dès lors que rien n'interdit une telle action. Mais autant le fait d'agir peut être négativement défini, autant l'acte juridique ne peut être défini que positivement. En d'autres termes, les limites de l'autonomie contractuelle sont

(1) Gounot, "L'autonomie de la volonté en droit privé", 1912.

(2) Gounot , op.cit., note 3, p. 121.

(3) Souligné par nous. Cela pose d'ailleurs l'amorce d'une réflexion tout à fait essentielle sur le passage du fait au droit.

bien plus restreintes que celles de la liberté individuelle et qu'il est donc peut-être pour le moins hasardeux d'assimiler liberté contractuelle et liberté en général ainsi que le faisaient les subjectivistes. Le subjectivisme en estimant qu'à la base de l'édifice social et juridique se trouvait l'individu (1) et que c'est par un pacte que la société existait, posait implicitement que le contrat pouvait être appréhendé en tant que tel et en dehors de toute dimension sociale. Plus précisément le "social", dans la théorie originelle du pacte, découlait de lui. Quant à Gounot, il rappellera que le contrat, comme tout phénomène juridique, est un fait social, que la volonté individuelle peut produire des effets de droit qu'à la condition de les socialiser, c'est-à-dire "de s'insérer dans le milieu social et se plier à ses lois." (2)

Envisager le droit comme un phénomène social, assigner à l'organisation juridique pour objet et pour fin la société posent bien sûr en termes difficiles la force obligatoire des libres contrats individuels. C'est dans cette mesure que Gounot estimera que "construire une théorie de l'acte juridique n'est pas oeuvre de logique mais de téléologie sociale... la formule abstraite dans laquelle on voudrait exprimer toute la théorie de l'acte

(1) Cf. *supra*, Partie I, A.

(2) Gounot, *op.cit.*, p. 142.

juridique est aussi introuvable que celle de la meilleure des constitutions. La question est toute d'opportunité historique." (1) Une opportunité historique que l'auteur ne laissera pas passer est celle d'où avaient procédé les "subjectivistes" en théorisant "l'autonomie de la volonté". De la volonté tout découlait, la société entière prenait sens, cette volonté revêtait la forme du contrat. A ce titre, et ainsi que nous l'avons vu, les actes juridiques en général étaient ramenés à la notion de contrat. Pratiquement tout le droit civil était ramené au contrat. Gounot parlera d'imposture. Soit le "quasi-contrat"; il est défini classiquement à partir du contrat, ce qui ne va pas sans mal (2), or, fait remarquer Gounot, "Les quasi-contrats ne découlent pas du dogme de l'autonomie, mais du grand principe de l'enrichissement indu". (3) Dans les sociétés antérieures en effet, le quasi-contrat était connu avant le contrat et nous pourrions peut-être en déduire que le quasi-contrat, loin de découler du contrat, est à la source de la notion de contrat. Plus généralement, nombre d'opérations juridiques ne relèvent en rien de la notion de contrat et, par ces opérations (du genre occupation ou faits analogues), sans

(1) Gounot, op.cit., p. 169.

(2) Nous aboutissons d'ailleurs à une définition du genre: "Le quasi-contrat est un contrat qui n'en est pas un." Dereux, "De l'interprétation des actes juridiques privés, 1909, p. 314.

(3) Gounot, op.cit., p. 236.

doute l'individu agit-il mais c'est le droit qui ordonne; là donc, l'autonomie de la volonté n'est pas source du droit. De même commençaient à apparaître avec l'Etat-social nombre de procédés contractuels où, en fait, la volonté n'existait plus. (1) Gounot va ainsi se départir du subjectivisme mais sans se reconnaître dans l'objectivisme d'un Duguit ou d'un Kelsen ou dans un objectivisme volontariste. Sa distance avec les subjectivistes: "si donc la volonté individuelle jouit d'une certaine autonomie juridique, cette autonomie ne peut-être que limitée et conditionnée dès le principe par le droit objectif". Nous avons déjà souvent rencontré cette idée, mais Gounot entendra aussi prendre ses distances avec les objectivistes, volontaristes ou pas: "Dire avec Jhering que le droit n'est qu'un "intérêt juridiquement protégé", consiste au bout du compte à supprimer toute différence de fond entre les droits subjectifs privés des individus et les "intérêts" d'ordre administratif que gère et possède la puissance publique." Pourtant, il s'agira pour Gounot de situer la volonté individuelle, sans en faire la source du droit. Ce dualisme, l'auteur pensera le trouver dans sa définition du droit comme "un pouvoir exercé par une volonté", mais le droit subjectif ne sera pas purement et simplement "la liberté

(1) Cf. G. Farjat, L'Ordre public économique, 1963.

de la volonté". Le droit subjectif sera le pouvoir exercé par la volonté poursuivant un intérêt légitime. (1) "Tout droit est un pouvoir mais un pouvoir au service de fins objectivement justes, un pouvoir correspondant à une fonction de l'homme ici bas. Le monde du droit est le monde de la finalité. (2) Saleilles (3) allait en ce sens lorsqu'il disait: "les juristes veulent pouvoir dire: "cela est juste parce que cela a été voulu". Il faut désormais que l'on dise: "cela doit être voulu parce que cela est juste." "L'analyse contractuelle n'expliquait pas le fondement de l'obligation issue du contrat. A ce titre, les subjectivistes disaient que "le contrat oblige parce que le contrat oblige." Pour parler comme Gounot, il y a un saut entre le "je veux" et le "tu dois", saut que les subjectivistes n'expliquaient pas. Kant lui-même avait été réduit à faire de la force obligatoire des contrats un "jugement synthétique a priori", un "postulat

(1) Gounot, op.cit., p. 339.

(2) Ibid.

(3) Saleilles, "De la déclaration de volonté", 1906, p. 351. Voir aussi "De la personnalité juridique", Histoire et théorie. 1910.

de la raison pure" (1). C'était, pour Gounot, dire que la force obligatoire des contrats s'explique par le fait que, ne pouvant pas s'expliquer, il faut l'admettre. Selon Gounot, le fondement de la force obligatoire du contrat ne peut se trouver dans le contrat lui-même, il lui faut une extériorité qui ne peut être que le milieu social dans lequel ce contrat s'inscrit. Dès lors, "le fondement et la mesure de l'obligation contractuelle doivent être cherchés non pas tant dans la volonté elle-même que dans la conformité de l'acte voulu avec l'idéal que le législateur s'est formé de l'ordre social et de la justice." (2)

L'article 6 - Code civil français parle de "bonnes moeurs" et "d'ordre public", l'article 1131 vient également limiter la "liberté de l'autonomie" (3), l'article 1108 parle d'une cause "licite" ... Autant d'expressions qui montrent à l'évidence selon Gounot que "l'autonomie de la volonté" ne suffit pas pour que la volonté se lie

- (1) Kant, "Doctrines du Droit", trad. Barni, p. 106 in Gounot, op.cit., p. 290.
- (2) Gounot, op.cit., pp. 348/349; Jhering, Der Zweck im Recht, trad. franç. I, p. 97 disait quant à lui: "La justice est au-dessus de la liberté."
- (3) Outre que c'est cet article qui pose le principe même de "l'autonomie", cet article c'est-à-dire la loi.

elle-même; la loi veut savoir pourquoi elle se lie et apprécier son but. (1) La théorie de la cause ne serait ni plus ni moins que ce principe d'un Etat venant apprécier une convention passée entre particuliers. Le risque peut être grand de voir le juge modifier ou refaire les contrats sous prétexte "d'équité (2) et la question renverrait à un contre-pouvoir susceptible de combattre le risque d'arbitraire des tribunaux. Pour l'auteur, une "certaine liberté des conventions" semble donc devoir s'imposer comme une des conditions impérieuses d'équilibre et de bon fonctionnement de la vie sociale. La tâche de la loi serait alors " d'entourer les droits subjectifs d'un cordon de sûreté et ainsi assurer à chaque individu une égale sphère d'indépendance où la volonté sera toute puissante." (3) Observant la mutation du système juridique organisée par "l'Etat social", et contrairement en cela aux subjectivistes, Gounot n'entendra pas définir le droit objectif - dans ses rapports avec l'individu - comme une restriction de la liberté originaire. Il s'agissait là pour l'auteur d'une vue simpliste. En droit du travail où la législation devenait de plus en

(1) Voir en ce sens Bufnoir , "Propriété et contrat", 1900, p. 809.

(2) Ce problème renvoie en fait à celui de la qualification et il est bien possible que par ce fait de qualification un système juridique puisse complètement se modifier sans qu'un seul article ne change.

(3) Gounot, op.cit., p. 388. Mais nous retrouvons encore là cette définition du droit "intérêts juridiquement protégés."

plus volumineuse et de plus en plus impérative. (1) Gounot estimait qu'il était de moins en moins possible de dire que les conventions sont déterminées par la seule volonté des contractants mais qu'elles étaient au contraire "le résultat d'une véritable collaboration de la volonté et de la loi." Dans ce système, il apparaît que le jeu laissé à la volonté est de plus en plus restreint et le contrat de travail tend de plus en plus à être un "contrat d'adhésion". (2)

Aussi, avec l'Etat social, "de contractuelle qu'elle était jadis, la situation juridique des travailleurs

- (1) "L'Etat dirigiste a repris aux particuliers cette fraction d'autonomie qu'il leur avait abandonné à l'ère du libéralisme... Nous revenons du contrat au statut et le contrat lui-même prend un caractère statutaire. M. Villey, Archives Philosophie du Droit, 1957, p. 94. G. Ripert "Le déclin du droit", p. 70 et sv. "Le législateur moderne donne si minutieusement les règles à suivre, qu'il s'efforce de prévoir tous les détails pratiques. La loi devient une loi réglementaire."
- (2) Nous pourrions peut-être ici faire remarquer que pour le salarié, et pour certains secteurs de la production industrielle, il n'a sans doute jamais été que cela. La nouveauté vient peut-être plutôt du côté de l'employeur qui n'est plus seul à déterminer les clauses d'embauche par exemple.

devient ainsi réglementaire et statutaire".(1) Pour Gounot, "la théorie de l'abus du droit vient donner une assise solide à la conception sociale du droit subjectif" (2): au-dessus de l'autonomie juridique privée, il y a des hommes de justice et de solidarité. Le problème consisterait alors à "déterminer de façon directe et positive la fonction qui incombe à la volonté dans l'économie du système juridique, à dire ce qu'est cette justice dont elle constitue l'instrument de réalisation", (3) à fixer en quelque sorte les rapports de la volonté individuelle non plus avec le droit en général mais avec la loi positive et l'Etat.

(1) Gounot, op.cit., p. 435.

(2) Cf. Saleilles, op.cit.

(3) Gounot, op.cit., p. 453.

Partie 2 : La volonté individuelle, la loi positive
et l'Etat

Parmi les différentes approches qui ont pu, qui peuvent parfois, exister sur ce thème, nous distinguerons principalement deux tendances: une qui pose le lien entre l'individu et l'Etat de façon statique (I), une autre qui analyse ce lien de façon dynamique. (II) (1)

(1) Le premier, à notre connaissance, à avoir utilisé ces notions en ce sens est J. Hausser, op.cit.

I. La volonté individuelle et sa relation avec la
loi positive: "analyse statique"

Parmi toute la littérature juridique, là encore exceptionnellement riche, existant sur ce thème, Dabin va sans doute être l'un des plus éminents auteurs à tenter l'analyse théorique de ce lien entre l'individu et l'Etat. Sa démarche consistait d'une part à rejeter le subjectivisme tel qu'il était apparu avec "l'Etat-social" (1) sans pour autant verser dans l'objectivisme. Dabin dira à cet effet, "Si le rôle du juriste est de déterminer des parts, le droit subjectif que l'on voulait mettre à la porte rentre par la fenêtre, en vertu même du droit objectif qui le détermine... Du moment que chacun est reconnu avoir droit à quelque chose, le droit subjectif instantanément surgit: des droits (subjectifs) sont institués par le droit (objectif), celui-ci ayant d'ailleurs fourni et le principe de l'estimation et le critère de la séparation." (2) Ce que Gounot avait entrevu, ce que Josserand avait

(1) "En résumé le droit subjectif illimité qui serait la clé de voute de la philosophie moderne du droit, paraît n'être qu'un schéma très artificiel. Non seulement le droit subjectif illimité n'a jamais existé... mais il est impensable." J. Dabin "Droit subjectif et subjectivisme juridique", Archives de Philosophie du Droit 1964, p. 23.

(2) J. Dabin , op.cit. p. 24.

ébauché, Dabin le théorise : le sujet de droit, donnée indépassable à l'Etat de droit, était à connaître, reconnaître, dans sa relation avec la loi positive de l'Etat. L'auteur définissait alors le droit subjectif de la façon suivante : "dans le langage communément admis aujourd'hui, ... l'expression "droit subjectif" est prise par antithèse à celle de "droit objectif". Le droit objectif, en ce sens, désigne la règle de droit, tandis que le droit subjectif signifie une certaine prérogative établie ou reconnue par le droit objectif au profit d'un individu (ou d'une collectivité) et qui fait le sujet de droit (subjectif) (1). Cette prérogative crée-t-elle des droits au profit des individus qui en bénéficient, des "droits subjectifs" (que ce soit dans les rapports des individus entre eux ou dans les rapports entre gouvernants et gouvernés). Nous savons la réponse d'un Duguit ou d'un Kelsen à cette question (2) et les critiques de Duguit notamment ne laissaient pas indifférents les auteurs qui après lui tentaient une approche de la notion de droit subjectif. C'est ainsi que Dabin dira : "sur le plan où nous sommes, la négation du concept de droit subjectif ne signifie pas d'emblée élimination des valeurs que recouvre l'idée traditionnelle

(1) J. Dabin, *op.cit.*, p. 28.

(2) "On n'a jamais démontré et on ne pourra jamais démontré humainement le passage du droit subjectif au droit objectif et comme, de l'autre côté, il est impossible d'admettre l'antériorité du droit subjectif au droit objectif, le droit subjectif est une chimère. Il n'y a pas de droit subjectif." Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, Tome I, p. 221.

du droit subjectif " (1) et de poursuivre: "reste à savoir si l'explication nouvelle (objectiviste) est plus représentative de la réalité... ou si la querelle de concept ne masque pas plutôt une querelle de mots." (2) Aux auteurs qui, quelques années plus tôt, voyaient dans le débat sur le droit subjectif et le droit objectif un débat sur le principe de droit, Dabin répond qu'il ne s'agit ni plus ni moins que d'un problème de technique juridique, rendu obscur par une terminologie mal maîtrisée. Après avoir dit que nombre d'auteurs n'entretenaient que des querelles de mot, l'auteur adressa deux critiques à Kelsen. En admettant que le système juridique se réduise à un système de normes dira Dabin, il y a néanmoins deux moments où le droit subjectif apparaît suffisamment dégagé de la norme pour qu'on lui reconnaisse "existence distincte et autonome." Antérieurement à la norme d'une part, dans le travail de création de celle-ci. Le droit objectif n'existe pas tout préparé, il faut le construire et, au sein d'un Etat de droit, cette construction relève de compétences et de procédures qui sont le fait d'une œuvre personnelle, subjective, des agents qualifiés pour cette création. Le droit subjectif décide qui a titre pour édicter la norme mais en ce

(1) J. Dabin, op.cit., p. 20.

(2) Ibid., p. 20.

qui concerne le contenu de la norme et son opportunité, les auteurs qualifiés de la norme ne sont d'ordinaire liés par aucun droit objectif supérieur. Ainsi qui dit création de norme dit nécessairement droit subjectif de création. Le second moment où le droit subjectif apparaît nettement séparé du droit objectif est celui qui est postérieur à la promulgation du droit objectif et prend la forme d'un droit subjectif au respect du droit objectif. Dabin reprenait là les idées de Barthélémy et Bonnard (1) pour lesquels le respect de la légalité était un droit subjectif à la légalité, que possèderaient les individus à l'encontre de l'Etat. En actionnant le principe de légalité, le sujet est admis à faire état de la norme comme de son propre bien. Ainsi, au sein d'un Etat de droit, le sujet de droit (et par tant le droit subjectif) est une réalité incontournable. Sans doute est-ce que le droit objectif lui donne sa forme, ses limites, mais seul le droit subjectif lui donne un contenu. Dabin ne se contentera pas de donner une dimension juridique au sujet de droit mais verra aussi dans la nature de l'homme quelque chose d'antérieur et par conséquent supérieur à la société. Pour l'auteur en effet, la question du droit subjectif peut se poser non plus à partir du droit objectif mais en dehors du droit objectif, en tant que "prérogative

(1) Berthélémy, Droit administratif, 10 éd., 1923.
Bonnard, Précis de droit administratif. 1937.

inhérente au sujet à raison de sa nature d'homme." (1)
Sous cet aspect, le droit subjectif n'exclut pas le droit
objectif mais il lui est antérieur chronologiquement et
situé dans un ordre de valeurs qui est supérieur au droit
objectif. L'homme est un être social mais aussi un "être
individuel" et comme tel titulaire de droits subjectifs. (2)
C'est d'ailleurs pour cela dira Dabin que l'on parle de
Justice: "Qu'est-ce à dire sinon que l'homme n'est pas
seulement social qu'il est aussi individuel, qu'en tant
qu'homme individuel il a des droits opposables aux autres,
et que ces droits sont antérieurs à la norme, puisque le
sentiment de justice est à la source de l'état de conscience
qui fait la règle de droit..." ... "La vérité est que nier
le droit subjectif, sur le plan où nous sommes, reviendrait
à nier la justice." (3) Ainsi la société et ses règles
sociales n'épuisent pas pour l'auteur la question du droit
subjectif. De cette réalité duale, Dabin observera un
mouvement double. Le droit subjectif, au sens moral (anté-
rieur à la société), passe dans la règle sociale garantie:
ce sont "les droits de l'homme". D'autre part la règle

(1) J. Dabin, op.cit., p. 36.

(2) L'auteur reprochera à Duguit d'avoir confondu "l'homme
isolé" qui relevait d'une métaphysique sans aucun
intérêt pour la science juridique à "l'homme individuel"
qui, lui, exprime un état de nature intéressant en tout
premier lieu le juriste.

(3) J. Dabin, op.cit., p. 42-43.

sociale, c'est sa mission, est amenée à établir de toutes pièces des droits subjectifs purement juridiques qui n'ont de fondement qu'en elle. Du droit objectif donc, sort un droit subjectif. (1) Mais qu'en est-il de l'inverse? Pour y répondre, l'auteur reprendra, d'un point de vue critique, la doctrine de "l'autonomie de la volonté". Le droit-pouvoir de volonté est pour l'auteur - reprenant en cela Saleilles (2) - une "faculté légale de vouloir", un *Wollendürfen*. Mais les subjectivistes auraient ici confondu droit objectif juridique et droit objectif moral (ce dernier, contrairement au premier, n'ayant pas à être reconnu par l'ordre juridique positif en lui conférant une valeur spécifiquement juridique garantie par des voies

- (1) J. Dabin, *op.cit.*, p. 50. Comparer avec Duguit no. 2, p. 79. Gény, "Sciences et Technique", 2^{ème} édition, 1922, Tome IV, p. 180 disait quant à lui: "En définitive, et quoiqu'on ait tenté pour le réaliser, le passage du droit objectif au droit subjectif apparaît manifestement impossible." Quant à la fameuse "querelle de mots" qu'avancait Dabin nous la trouvions déjà chez Gény, *op.cit.*, p. 181 qui disait, après avoir nié ce passage du droit objectif au droit subjectif: "Mais l'illogisme et l'absurdité prétendus ne sont-ils pas simplement des mots? Pour moi, dussè-je passer pour un esprit biscornu, j'avoue n'apercevoir aucun obstacle à ce que la méconnaissance d'une règle de droit engendre un moyen de la réprimer au profit de celui qui en est victime." (Voir *supra* II Motulsky et conclusion.)
- (2) Saleilles, "De la personnalité juridique", Paris 1922.

de droit) et, dès lors que la confusion est évitée, "le problème est beaucoup plus technique que philosophique."

(1) Après avoir rejeté les présupposés des subjectivistes, Dabin se démarquera aussi de leur adversaire le plus renommé, R. Von Jhering. Nous savons que pour ce dernier (supra), la jouissance domine la volonté ("les droits sont des intérêts juridiquement protégés") et donc que la volonté n'intervient dans le droit lui-même qu'à titre subordonné. Devant une telle définition, les subjectivistes faisaient remarquer qu'on livrait le droit subjectif à la puissance arbitraire de l'Etat. Dabin ne reprendra pas la critique à son compte. Selon lui en effet, "fatalement le droit subjectif dépend de la volonté de l'Etat, maître de la loi qui crée les droits subjectifs et les protège." (2) Dans la conception de l'auteur en effet, seuls les intérêts reconnus par la loi positive -i.e. l'Etat - prennent valeur de droits subjectifs juridiques. La volonté n'est pas supérieure à la loi: par hypothèse elle lui est soumise. Par conséquent, il est vrai que l'arbitraire tant redouté de la loi positive aura toujours l'occasion de se montrer. Pour Dabin, la critique fondamentale à adresser à

(1) J. Dabin, op.cit., p. 58.

(2) Ibid., p. 67.

Jhering ne se situe donc pas à ce niveau - dans l'établissement du droit - mais sur la nature même du droit. L'auteur va aller vers la réponse à ce problème, en inversant la formule de Jhering: l'intérêt n'est pas un droit parce qu'il est protégé, il est au contraire protégé parce qu'il est reconnu être un droit, méritant comme droit cette protection. Dès lors Jhering n'aurait parlé de rien: "l'intérêt est pré-juridique (matière ou but du droit), la protection est post-juridique (supposant le droit), le droit - qui se situe entre les deux - est passé sous silence. (1) Pour parler sur ce silence, Dabin va alors se situer en s'opposant aux doctrines qui elles-mêmes de définirent à partir de la position de Jhering.

Jellinek tout d'abord, complétant en cela Jhering, voyait dans le droit subjectif "le bien ou l'intérêt protégé par une jouissance de volonté appartenant à l'homme ou plutôt par un pouvoir de volonté appartenant à l'homme." (2) A ce titre, le rôle de la volonté n'est plus subsidiaire mais la volonté, sous-tendant l'intérêt, est appelée à animer le droit; mais nous n'aboutissons pas de ce fait à un équilibre entre la volonté et l'intérêt protégé, au contraire. C'est la volonté qui va primer l'intérêt. Jellinek (3) définira

(1) J. Dabin, op.cit., p. 71.

(2) Jellinek, System des subjectiven öffentlichen Rechts, éd. 1882, trad. française, p. 42.

(3) Jellinek, livre précité, 2ème édition, 1905.

ainsi le droit subjectif comme "la puissance de volonté humaine, reconnue et protégée¹ par l'ordre juridique et qui a pour objet un bien ou un intérêt." Ainsi que le faisait subtilement remarquer Dabin, "le revirement est sensible: le droit n'est plus essentiellement l'intérêt servi par une volonté, il est essentiellement la volonté, non pas pure et arbitraire, mais dominée et réglée par un intérêt." (1) Dans le même sens et plus fortement encore Ferrara dira: "l'essence du droit n'est pas l'intérêt mais la force juridique mise au service de l'intérêt: si l'intérêt humain est le fondement de la protection juridique, le droit subjectif est le moyen que l'ordre juridique donne pour le satisfaire." (2) Pour Saleilles cependant, il fallait aller plus loin. (3) Assigner à la volonté un rôle subordonné peut laisser trop de pouvoir à l'Etat, au moins dans la garde de ses intérêts protégés, sauf à préciser que la volonté dont il est question est autonome par rapport aux pouvoirs publics. Il s'agirait en quelque sorte d'extirper de tout cela la notion de pouvoir, mais de pouvoir tout court et pas de "pouvoir de volonté." Pour Saleilles, le droit subjectif était alors "un pouvoir mis au service d'intérêts de caractère social

(1) J. Dabin, op.cit., p. 74. C'était un peu ce à quoi tendait Gounot (cf. supra).

(2) Ferrara, "Le persone juridique" in *Traité de droit civil italien* de P. Fiore, partie II, Volume II, p. 327, cité par Duguit, *Traité de Droit Constitutionnel*, tome I, p. 577.

(3) Saleilles, "De la personnalité juridique", 2^e éd., 1922.

et exercé par une volonté autonome." (1)

Dabin suivra la voie tracée par ce courant doctrinal mais il lui reprochera certaines ambiguïtés, notamment ce qu'il fallait entendre par un pouvoir constitutif du droit qui n'est plus un "pouvoir de volonté". Pour l'auteur, ramener la volonté au niveau de l'exercice du droit entraîne l'exclusion de la volonté comme élément de la définition du droit lui-même. A ce sujet Saleilles parlait de "maîtrise virtuelle".(2) Dabin lui répondra avec sa théorie du droit subjectif comme "appartenance-maîtrise". Pour l'auteur, la notion d'appartenance est "au principe de tout ce qui constitue et caractérise le droit" et il est donc normal que le droit subjectif se présente d'emblée comme une relation d'appartenance entre le sujet et une chose.(3)

(1) Saleilles, op.cit., p. 547.

(2) Saleilles, op.cit., p. 477.

(3) Poser un lien organique entre la notion de droit subjectif et le fait d'appartenance peut cependant paraître contestable. Car en effet, cette notion de droit subjectif renvoie en fait à un système juridique global, expression d'une société donnée. En d'autres termes, le fait d'appartenance peut se concevoir sans que n'existe pour autant l'idée de droit subjectif. M. Villey faisait ainsi remarquer que "les Romains s'intéressent si peu à l'idée du droit subjectif qu'ils n'ont même pas le terme générique pour le désigner." "Le Droit subjectif et les systèmes juridiques romains", *Revue historique de droit français et étranger*, 1946/1947, p. 224. Et ceci alors même que la notion d'appartenance n'était certainement pas inconnue du système juridique romain. Voir aussi: J. Ellul, "La Technique ou l'enjeu du siècle", 1954, p. 24 et sv., p. 63 et sv.

Reprenant Jhering, Dabin dira qu'il est juste de mettre à la base de la définition du droit non la volonté mais l'intérêt, mais sans donner à cet intérêt la signification unique d'un intérêt de jouissance ainsi que le faisait Jhering, car le droit subjectif n'est pas jouissance bien qu'il l'implique souvent. Pour Dabin, il y a droit subjectif là où il y a appartenance: le droit n'est pas un intérêt, il est l'appartenance d'un intérêt (1) et c'est le lien d'appartenance (constitutif du droit subjectif) qui est fondé sur le droit objectif (entendu comme la règle juridique positive). A l'appartenance - consacrée par le droit objectif - s'ajoute la maîtrise, expression du droit subjectif. C'est cet aspect qu'avait dégagé Saleilles - le pouvoir - et que Dabin va appeler maîtrise. Parce que la chose appartient au sujet, il a pouvoir sur elle, il en est le maître. (2) Ce pouvoir de maîtrise amène à se passer de la volonté qui n'est indispensable - soit comme condition, soit comme moyen - "ni pour l'appartenance, ni même pour la maîtrise qui, en l'absence de volonté, demeurera inexercée ou mal exercée, ni plus ni moins qu'au cas d'une possibilité matérielle objective d'exercice. Ainsi Saleilles initialement a vu juste en réduisant le "pouvoir de volonté" de la doctrine classique

(1) J. Dabin, op.cit., p. 81.

(2) L'auteur verra dans ce pouvoir libre de disposer des choses La liberté; plus exactement, par cette autonomie du sujet dans la disposition de la chose qui lui appartient, le droit subjectif est amené à se confondre avec la liberté.

à un pouvoir tout court." (1) Dabin définira alors le droit subjectif ainsi (2): "Une p^{er}ogative, concédée à une personne par le droit objectif et garantie par des voies de droit, de disposer en maître d'un bien qui est reconnu lui appartenir, soit comme sien, soit comme dû. Naturellement, cette appartenance et cette maîtrise n'existent que dans les limites plus ou moins strictes, d'étendue ou même de finalité, que leur assigne le droit objectif. Mais, dans ces limites, le titulaire du droit subjectif a la pleine maîtrise de son bien." Nous avons donc avec Dabin l'image d'un droit subjectif enfermé dans un espace clos - dont les barrières sont le droit objectif - et le lien du sujet à l'Etat, dans cette figure est double: le fait d'appartenance relève de la définition de l'Etat, le fait de maîtrise est inhérent à l'individu, conçu comme sujet de droit. Nous retrouverons plus tard Dabin, mais avant, nous pouvons présenter un auteur - qui par certains aspects est proche de Dabin - dont la contribution au débat sur les droits subjectifs et les sources du droit est tout à fait essentielle; nous voulons parler de P. Roubier

"Il faut combattre la conception des "droits subjectifs" selon laquelle ces droits dériveraient de l'individu tandis que les situations objectives découleraient directe-

(1) J. Dabin, op.cit., p. 92.

(2) Ibid., p. 105.

ment de l'organisation sociale... La création des droits subjectifs est toujours l'oeuvre de la société, car le droit ne peut se concevoir que dans la société et par la société... Ainsi on se représentera les droits subjectifs comme des avantages importants accordés aux sujets, animés et mis en oeuvre par ceux-ci, mais naturellement dans le cadre des règles du droit objectif."

(1) Partant de cette définition, ce qui constituera l'essence du droit subjectif sera qu'il s'agira d'une prérogative, concédée aux particuliers dans leur intérêt et parce que tel est aussi l'avantage de la société. C'est, pour l'auteur, parce qu'il y a intérêt privé d'une part et intérêt général d'autre part qu'autant de problèmes existent pour la définition du droit subjectif: celle-ci dépendra en effet du fait que vous ayez voulu faire prévaloir l'intérêt privé ou au contraire l'intérêt général. (2) Mais intérêt privé et intérêt général ne sont pas une situation de contradiction, au contraire. La négation d'un droit subjectif qui serait opposé au droit objectif, le lien entre le droit objectif et le droit subjectif sera posé par P. Roubier de la façon suivante: "l'organisation

(1) P. Roubier, "Délimitation et intérêts pratiques de la catégorie des droits subjectifs." Archives de Philosophie du droit, 1964, p. 84.

(2) "Ceux qui sont plus soucieux d'accroître la puissance d'initiative des particuliers et le développement de la prospérité économique exalteront l'idée des droits subjectifs; ceux qui sont plus soucieux du maintien de l'ordre et de la cohésion dans la société souligneront que l'individu n'a pas seulement des droits mais qu'il a d'abord des devoirs." P. Roubier, Archives de Philosophie du droit, 1957, "Le rôle de la volonté dans la création des droits et les devoirs.", p. 2.

juridique se caractérise par l'entrecroisement des droits et des devoirs" (1), reprenant en cela et en la déformant quelque peu la formule que Duguit avait déjà reprise à A. Comte , "nul ne possède plus d'autre droit que celui de faire son devoir." Ce sera d'ailleurs pour l'auteur cette idée même de devoir qui est susceptible d'expliquer la jurisprudence nouvelle de l'abus de droit: "Chacun, dans la "maîtrise" (2) qu'il a sur ses biens, a le devoir de ne pas abuser de son droit, de ne pas en user dans une pensée illégitime pour nuire à autrui plus que pour satisfaire à des intérêts sérieux." (3) L'auteur estimera ainsi justifier la substitution de la notion de situation juridique (4) à celle de droit subjectif comme base de toute la science juridique. (5) Cette science juridique sera marquée par la distinction du droit et du devoir; prenant comme exemple le droit d'agir en justice, l'auteur observera la permanente distinction entre droit et devoir, en ce que "le droit s'accompagne tout naturellement d'une action en justice au profit de son titulaire, le devoir ne

(1) P. Roubier, op.cit., p. 7.

(2) Saleilles, Dabin, supra.

(3) P. Roubier, op.cit., p. 8.

(4) Cf. Duguit, supra.

(5) P. Roubier, "Droits subjectifs et situations juridiques", 1963.

comporte une sanction judiciaire que s'il est invoqué par une personne ayant un intérêt légitime." (1) La situation juridique correspondant à un droit sera qualifiée de subjective et la situation juridique correspondant à un devoir sera quant à elle qualifiée d'objective. Dans les situations juridiques objectives, c'est bien sûr le droit objectif qui commande et l'auteur estimera que ses dispositions impératives ne sont pas établies en vue de satisfaire aux désirs des particuliers mais bien à certaines exigences de l'ordre public. (2) Les situations juridiques subjectives feront l'objet d'une analyse complexe. Autant les situations juridiques subjectives seront principalement l'oeuvre des volontés privées et les situations juridiques objectives l'oeuvre de l'ordre juridique (i.e. l'Etat), autant il convient de ne pas transposer cette distinction en une simple distinction entre situations juridiques contractuelles et situations juridiques légales. Pour l'auteur en effet, cette seconde distinction renvoie exclusivement aux modes de création des situations juridiques alors que la première distinction renvoie au contenu et à l'objet même de la situation juridique. Non seulement ces deux distinctions ne coïncident pas, mais ce sera même la

(1) P. Roubier, Archives de Philosophie du Droit, 1957, p. 14.

(2) L'éminent auteur distinguera deux groupes de situation de cette sorte: les situations réactionnelles - qui traitent de l'autorité de l'ordre juridique à l'encontre d'un fait ou d'un acte - et les situations institutionnelles, "qui apparaissent comme des devoirs... et elles se relient directement ainsi à une inspiration politique autoritaire." P. Roubier, op.cit., p. 26.

non coincidence qui fera l'objet de l'analyse, analyse qui exprimera notamment le lien entre le subjectif d'une part et l'objectif d'autre part, dans l'expression juridique de la volonté privée. Cette dernière prendra pour P. Roubier trois formes de situations juridiques. Premièrement, la situation juridique subjective dépendra de la volonté privée à la fois dans sa création et dans ses effets, (1): ce seront par exemple les contrats producteurs de droits de créance. Deuxièmement, la situation juridique dépendra de la volonté privée dans sa création, mais pas dans ses effets qui eux relèvent de la loi, l'auteur prendra comme exemple l'acte juridique tel que le testament, le contrat... La situation n'est contractuelle qu'en apparence, le contrat ne représente que l'entrée dans un statut fixé par la loi. (2) Troisièmement, la situation subjective dépendra de la loi tant dans sa création que dans ses effets, soit par exemple l'usufruit légal du conjoint survivant.

Le cadre analytique étant ainsi posé, il ne restait plus à l'auteur qu'à dégager le critère permettant d'apprécier quand nous sommes en présence d'une situation juridique subjective ou d'une situation juridique objective. Quand, nous dit l'auteur, existe la prédominance des droits sur les devoirs, des avantages sur les charges,

(1) P. Roubier, op.cit., p. 15.

(2) P. Roubier, op.cit., p. 17-18.

on est en face d'une situation juridique subjective. (1)
C'est dans cette mesure que l'éminent auteur pense pouvoir
estimer que "dans le droit privé ce sont les situations
juridiques subjectives qui l'emportent alors que dans le
droit public, ce sont indéniablement les secondes." (2)
Et l'auteur de poursuivre cette idée en disant qu'au fond,
"le problème posé par les rapports du subjectivisme et de
l'objectivisme est... un problème de politique juridique:
quelle part convient-il de faire à l'initiative privée
et quelle part à la réglementation légale."

Ce qui nous apparaît être un des intérêts majeurs
de l'essai de P. Roubier est d'avoir remarquablement dégagé
l'idée que la règle de droit ne traite de l'individu - dit
sujet de droit - qu'en termes de situation. Sans doute
Duguit l'avait-il fait avant lui, mais avec P. Roubier,
cette idée de situation juridique sera amenée à un
point inégalé. Mais aussi peut-être à un excès. Duguit
avait pris garde à un tel risque en ramenant cette idée
de situation juridique au sein d'une théorie générale
du droit qui reposait sur un concept juridique fort :
l'acte juridique. En ce sens une situation juridique
particulière s'articulait sur ce concept d'acte juridique

(1) Ibid., p. 20.

(2) P. Roubier, op.cit., p. 29.

amenant ainsi à une catégorisation rationnelle de cet acte. Duguit posait ainsi un lien souple entre une situation sociale et un concept juridique, et élaborait une méthode scientifique où le concret était sans cesse en état de provocation de l'abstrait. C'est précisément ce lien du concret à l'abstrait qui va devenir un peu lâche dans la théorie de P. Roubier. De cette faiblesse d'articulation du concret et de l'abstrait, ^{selon nous} naîtra une équivoque fondamentale. Rejaillira en effet la coupure entre le public et le privé dans sa science juridique - où très classiquement le privé est synonyme de liberté et le public de contrainte - ce qui pose pour le moins un problème de fond dès lors qu'initialement est posée l'absence d'un droit subjectif comme source du droit. Chez Duguit cette distinction était, en toute logique, purement niée et précisément par ce concept "d'acte juridique". L'absence d'un tel concept chez P. Roubier laisse les notions de situations juridiques sans principe supérieur, comme livrées à elles-mêmes. Ce qui provoquera des tautologies au moment de la catégorisation: le contrat nous dit l'auteur est l'entrée dans un statut fixé par la loi. Puis nous dit l'auteur - et pour ce qui a trait à la catégorisation des situations juridiques - nous sommes en

présence d'une situation juridique subjective lorsqu' existe la prédominance des droits sur les devoirs. J'en déduis, pour ma part, partant en cela de ce que l'auteur nous disait de cette situation juridique qu'est le contrat, que le contrat ne relève pas d'une situation juridique subjective. Ce que l'auteur évidemment ne voulait pas dire et ce pourtant selon nous à quoi aboutit sa théorie. La tautologie apparaît alors et l'auteur estime, qu'au fond, les situations juridiques subjectives l'emportent en droit privé. La démonstration aurait pourtant dû aboutir à l'inverse. Un autre effet de ce lien un peu lâche entre le concret et l'abstrait est selon nous la redécouverte - ou le retour - de P. Roubier au volontarisme. (1) Le volontarisme apparaît comme le seul outil que va posséder l'auteur pour lier le concret à l'abstrait, ce qui nous semble là aussi pour le moins contradictoire avec la négation originelle d'un sujet de droit source de droit. En effet, avec une telle hypothèse, on ne peut se demander quelle part faire à l'initiative privée et quelle part à la réglementation légale en ce que la part "laissée" à l'initiative privée le sera toujours... par une disposition légale!! Nous relèverons enfin le principe de la distinction entre la situation juridique subjective et la situation juridique objective. Pour l'auteur, le critère était quantitatif. La chose paraît a priori simple mais elle ne l'est

(1) "Quelle part convient-il de faire à l'initiative privée et quelle part à la réglementation légale", cf. supra, p. 92.

peut-être qu'en apparence. Avancer en effet le critère de quantité présuppose évidemment que nous sommes en mesure - préalablement - de distinguer en qualité les différents éléments qui constituent une situation juridique. Or, à partir du moment où le droit subjectif n'est pas considéré comme source du droit, force est d'admettre qu'une volonté n'aura de signification dans l'ordre juridique qu'au moment où elle aura pris la forme que le droit lui recommande. Dès lors poser comme distinct le "droit" et le "devoir" est peut être rapide sinon théoriquement impossible. Dans un acte juridique, volonté ayant force juridique et ordre juridique sont organiquement liés, le lien qui les réunit est d'ordre dialectique: ces deux notions n'ont selon nous aucun sens à l'état séparé. C'est ce qui était ignoré au XIX^e siècle, moment privilégié d'un droit à caractère essentiellement formel: la volonté exprimait, disait Le droit; la rencontre de deux volontés, autonomes et souveraines, était au principe du droit civil. Avec l'Etat-social l'analyse manque de pertinence, il s'agit encore aujourd'hui de la dépasser. Ce fut nous avons vu la préoccupation de la philosophie juridique allemande et ses résultats influencèrent toute la doctrine continentale des démocraties libérales. l'évolution de cette doctrine se fit sur la place à accorder à la volonté des individus au sein du système juridique: d'une absorption quasi totale

(Jhering) nous nous dirigeâmes vers des tentatives de reconnaissance de cette volonté (Jellinek - Ferrara - Saleilles - Dabin - P. Roubier...) mais ces dernières s'inscrivaient dans une démarche, au fond, volontariste. C'est selon nous ce qu'il faut essayer, non pas d'abandonner mais de repréciser.

II. La volonté individuelle et sa relation avec la loi positive et l'Etat : "analyses dynamique"

Nous ne sommes pas le premier à nous engager dans cette voie, il y a eu - pour ce qui concerne la doctrine française - un auteur à l'avoir déjà fait, J. Hausser (1), et nous nous inspirerons largement de son travail. L'auteur va partir de ce dualisme sur lequel a buté la doctrine contemporaine - l'individu et l'Etat - pour montrer que s'il y a dualisme, celui-ci n'est pas nécessairement conflictuel. Sans doute, dira-t-il, le droit objectif va sanctionner l'inexécution d'un acte juridique parce qu'il s'occupe de "l'intérêt" de ses sujets et pas de leur volonté (2) mais, en même temps, il n'en demeure pas moins vrai que "la volonté a le pouvoir de s'imposer par elle-même" et quand bien même le droit objectif ne se soucierait pas de protéger tel ou tel intérêt. A ce titre, la combinaison de l'objectif et du subjectif est plus complexe qu'on ne la présente ordinairement. Il n'y a en effet rien d'étrange à ce que l'ordre juridique conserve d'un côté le pouvoir de modifier un acte individuel, de s'y insérer, pas plus qu'il n'y a d'étrangeté à ce que la volonté d'un sujet soit juge de son propre intérêt. L'individu est sensé

(1) "Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique", 1972.

(2) J. Hausser, op.cit., p. 62 et nous retrouvons en cela la tradition de la philosophie juridique allemande.

savoir (1) que son intérêt s'insère dans un vaste cadre collectif (2); inversement, au sein d'un Etat de droit, le droit objectif ne peut pas contourner le "sujet de droit". (3) L'acte juridique (4) dira à ce titre J. Hausser "est à tout moment animé par cette conciliation dont le caractère essentiel est le mouvement et la complexité". (5) Nous pouvons ainsi considérer, par cette idée même de conciliation en perpétuel mouvement, que la notion de liberté contractuelle est infinie: la liberté contractuelle va prendre existence au sein de l'acte juridique, sa définition est en perpétuel devenir et prend forme "dans l'idée de déséquilibre dynamique et dans l'interaction, la combinaison et la modification réciproques et constantes des éléments successifs qui le composent." (6) C'est dans cette mesure que le droit objectif ne vient jamais contredire cette liberté (et que donc le dualisme si souvent posé n'est pas conflictuel), il s'y intègre et participe à cet équilibre dynamique. Cela nous donne d'ailleurs une conception nouvelle du contrat que dégagea J. Hausser et que nous reprendrons

(1) Fiction nécessaire à l'ordre juridique.

(2) Le système juridique réside ici dans la notion "d'intérêt général".

(3) Transcription au sein du système juridique de l'individu.

(4) Nous aborderons ce concept un peu plus loin.

(5) J. Hausser, op.cit., p. 63.

(6) J. Hausser, op.cit., p. 104.

volontiers à notre propre compte: "Avec cet acte juridique particulier qu'est le contrat, on peut dire que le consensualisme est une abstraction juridique fournie à la volonté par le droit positif". (1) L'intérêt de la formule réside dans le fait qu'elle distingue nettement ce qui est de l'ordre du système juridique et ce qui lui est étranger, en d'autres termes ce qui est de l'ordre du fait et ce qui est de l'ordre du droit (2): "au système résultant des éléments objectifs primaires, l'homme substitue un système abstrait qui ne consiste qu'en représentations juridiques de la réalité." (3) Ce qui est mis ainsi en évidence c'est que le lien entre ce qui relève de la subjectivité et les éléments objectifs contenus au sein de l'acte juridique est le "noeud du problème", et ce lien, indéfiniment, se fait et se refait. La volonté, qui peut établir l'équilibre de l'acte juridique à un niveau plutôt subjectif, compose avec l'existence d'éléments objectifs: "la possibilité d'actions (de la volonté) porte moins sur les éléments objectifs eux-mêmes que sur la nature ou l'étroitesse du lien qui l'unit à

(1) Ibid., p. 114.

(2) Sans doute sommes-nous proches ici de Saleilles. "De la personnalité juridique", cf. *supra* - et peut-être est-ce à tort que Dabin estimait inconcevable que l'élément "volonté" - exprimant un pouvoir - puisse être posé extérieurement à la notion de droit.

(3) J. Hausser, *op.cit.*, p. 114.

eux".(1) Apparaît de ce fait comme un non sens ce qui fut considéré comme allant de soi par la doctrine contemporaine, à savoir l'opposition radicale entre l'ordre juridique et la "liberté contractuelle". Mais il a fallu pour cela poser un cadre plus large que le cadre du contrat et ceci n'a pas échappé à l'auteur; ce cadre, nous l'avons souvent rencontré, c'est celui que n'utilisa pas P. Roubier; nous voulons parler de l'acte juridique. Ce cadre, ce concept, loin d'entériner la distinction "privé-public", au contraire la dépasse. La présentation traditionnelle de la liberté contractuelle comme "expression de la liberté", (avec comme idée sous-jacente - cf *supra* - que l'Etat par principe en est sa négation) doit donc de ce fait être abandonnée. La liberté contractuelle en effet n'est pas une liberté de choix entre des effets juridiques voulus (puisque, avons-nous dit, notre volonté va composer avec des éléments que nous ne voulons pas forcément), elle est tout simplement pour parler comme J. Hausser, "la liberté de créer une situation entièrement nouvelle" (2), ni plus, ni moins. Le problème de la liberté contractuelle n'épuise bien évidemment pas le problème de la liberté en général. Par ailleurs, si les "conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites", ce n'est pas parce

(1) J. Hausser, *op.cit.*, p. 178, l'auteur de poursuivre "et ce critère, essentiel, est fréquemment utilisé tant par la jurisprudence que par la loi pour marquer les limites de cette action."

(2) J. Hausser, *op.cit.*, p. 311.

que la volonté, puissance autonome, crée le droit ainsi que les subjectivistes nous le disaient ou nous le disent, mais c'est parce que c'est l'article 1134 (Code civil français) qui le dit. (1) Aux subjectivistes, Kelsen répondait quant à lui que la volonté - pour les situations contractuelles - est source du droit par dérogation de la loi. Ceci se concevait pour son système juridique perçu comme un système de normes, la solution apparaissait sinon séduisante en tout cas commode. Mais une telle réponse rend mal compte selon nous du mécanisme liant la subjectivité à la règle objective. L'article 1134

- (1) Carré de Malberg, "La formation du droit par degré", n° 56, "Le contrat, de même que le délit, constitue seulement un fait dans lequel la volonté des parties contractantes joue, il est vrai, un rôle essentiel, puisque c'est elle qui détermine le contenu et la consistance des obligations à naître; mais les effets de droit attachés à ce fait et pareillement la valeur obligatoire de ce contenu, sont une création de la loi, car ils ont pour fondement juridique la règle législative qui impose aux contractants le devoir de se conformer d'une façon adéquate à leurs stipulations." M. Waline, "L'individualisme et le droit", p. 213. "Deux cas seulement où l'autonomie de la volonté serait concevable: si l'article 1134 n'existait pas... si l'article 1134 était rédigé de telle sorte qu'il fut non pas attributif mais reconnaissant du pouvoir des individus..." (par exemple: la loi reconnaît l'effet juridique créé par la volonté des parties contractantes)". Or, l'article 1134... bien au contraire... ne reconnaît ce pouvoir aux contractants que sous condition d'avoir "légalement formé leurs conventions."

in fine nous renseigne largement sur ce mécanisme:

les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites pourvu qu'elles ne soient pas contraires à l'ordre public et aux bonnes moeurs. Y est dit que la volonté crée des situations entièrement nouvelles, et qu'il appartient au droit objectif de composer avec elles. Que donc la volonté n'est pas source du droit, mais la matrice à partir de laquelle se modifie le droit.

Ce droit rationnel qui apparaît à l'époque moderne - à la Renaissance - formel, écrit, mis en Code (1) renvoie au besoin de prévisibilité d'une société marchande. Les Codes sont en ce sens une emprise sur le temps. Pour parler une nouvelle fois comme J. Hausser, "dans le contrat de type classique, la volonté dirige aussi bien la création que la prévision". (2) Or, par l'hypothèse que nous avançons, la volonté n'est rien dans l'ordre de la prévision (3), elle ne s'exerce qu'au niveau de la création. Mais cette création n'est pas supérieure à l'ordre juridique, et donc source du droit, elle compose avec lui. C'est bien en ce sens qu'il convient selon nous de lire l'alinéa 2 de l'article 1134 qui

(1) Voir en ce sens M. Villey, Histoire de la Philosophie du droit, Montchrétien 1975, notamment les passages sur Grotius, Althussius.

(2) J. Hausser, op.cit., p. 313.

(3) C'est l'article 1134 qui donne cette dimension à l'échange.

traite de "l'ordre public" et des "bonnes moeurs" et c'est à ce niveau qu'il convient d'introduire l'idée de la cause.

Nous retrouvons ainsi Duguit qui articulait un phénomène social au système juridique à partir de son concept fondamental de l'acte juridique, et le contrat ne sera pour nous qu'un acte juridique particulier. Quant à notre définition de l'acte juridique, nous la reprendrons intégralement à J. Hausser (1): l'acte juridique est "un acte de volonté visant à créer librement une situation nouvelle dont le contenu et l'équilibre sont prévus sur une base objective minimum à étendue variable, la cause de cet acte assurant le lien complexe et médiate entre la volonté créatrice de l'acte pur et son insertion dans le système objectif organisé du Droit qui lui assure son emprise sur le temps."

Cette définition prévaut essentiellement pour des situations sociales qui traitent par exemple de l'échange mais ne sera pas directement transposable pour d'autres situations. Il nous appartient maintenant d'essayer d'élargir cette définition à l'ensemble de la vie sociale, au sein de l'Etat de droit.⁽²⁾ De notre définition de l'acte juridique, il ressort que l'individu - dit "sujet de droit" par notre système juridique - vient s'insérer dans un

(1) J. Hausser, *op.cit.*, p. 322.

(2) Nous esquissons ici ce qui pourrait être les prémisses à une théorie générale. Sans doute conviendrait-il, ultérieurement, d'approfondir sensiblement les éléments que nous avançons ici.

ensemble de règles qui lui sont préexistantes, que donc et en aucune façon selon nous, il ne saurait être antérieur à la loi et en ce sens source du droit. (1) Redonnons encore une fois ce que nous pouvons appeler la "philosophie politique" que les auteurs subjectivistes portaient en eux et, selon nous, à partir de laquelle toute leur philosophie du droit découlait. Recitons pour cela Ch. Beudant (2): "La Révolution de 1789 a brisé les liens qui, sous l'Ancien Régime, rattachaient l'individu à l'Etat; elle a ouvert par là une ère d'individualisme: C'est tout l'esprit de la Déclaration des droits de l'homme... De nos jours une tendance opposée se manifeste... la propension est à faire prédominer de nouveau l'action de l'Etat sur l'initiative individuelle et même sur les droits de la personne humaine." Cette idée que la Révolution française ait brisé les liens qui, sous l'Ancien Régime, rattachaient l'individu à l'Etat est selon nous l'idée maîtresse des subjectivistes contemporains; et nous ne partageons pas ce point de vue. Nous avons tenté de montrer (3) ce que réalisait selon nous la Révolution de 1789 par la proclamation d'un Etat de droit: un élargissement du champ étatique. Tocqueville (4) l'avait bien perçu lorsqu'il disait: "...si le centralisme de l'Ancien Régime a pu être ainsi trans-

(1) Nous avons vu pour le point de vue opposé notamment Dabin.

(2) Ch. Beudant, "Le droit individuel et l'Etat", 1891, p. 1; cf. *supra* p. 12.

(3) P. Nerhot, "Rationalisme et Etat moderne", Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 1984.

(4) H. de Tocqueville, "L'Ancien Régime et la Révolution", 1856, p. 116.

porté tout d'une pièce vers la société nouvelle et s'y incorporer, c'est que cette centralisation était elle-même le commencement de cette révolution et son signe." L'Etat va dorénavant englober la "sphère publique" (1). Cette sphère publique et l'administration bureaucratique existent sous l'Ancien Régime, sont le fait de l'Absolutisme; la Révolution française va quant à elle réaliser l'agencement de ces deux sphères par cette idée d'un "Etat de droit". L'Etat absolutiste brise en tout premier lieu les liens qui rattachent les individus à l'organisation économique féodale: à une organisation économique fondée sur les groupes ou "corps intermédiaires" va dorénavant correspondre une organisation économique fondée sur l'individu, atome social. (2) Ainsi, l'individu qui auparavant était défini par le type de lien qu'il entretenait avec par exemple une corporation va dorénavant être défini par le type de lien qu'organise l'Etat absolutiste. (3) Ce pro-

- (1) Entendue comme ce qui relève de la participation continue à l'exercice de la raison, en prise sur les "pouvoirs publics" et qui correspond à l'institutionnalisation de la société civile. Voir en ce sens J. Habermas, "Strukturwandel der Öffentlichkeit", 1962, trad. française "L'espace public", Payot 1978.
- (2) Voir P. Nerhot, op.cit.
- (3) Voir pour illustration, les ingénieurs des Ponts et Chaussées sous Louis XV, P. Nerhot, "Le régime administratif de l'Ancien Régime à nos jours", 1981.
du concours

cessus sera systématisé avec la Révolution française (1). Nous ne reviendrons pas sur tout cela, nous nous contenterons de rappeler le type de pouvoir que, selon nous, l'Etat de droit réalise. La domination légale et l'administration bureaucratique organisent une domination objective: celui qui exerce un pouvoir l'exerce en observant l'ordre impersonnel par lequel il oriente ses dispositions. De la même façon, celui qui obéit n'obéit qu'au droit; en ce sens, le droit garantit des situations d'autorité. Et le pouvoir réside ainsi en des règlements impersonnels qui posent les limites de la compétence objective, rationnellement délimitées par les règlements eux-mêmes. De par cet élargissement du champ étatique que réalise "l'Etat de droit", cette réglementation s'exerce à tout l'espace national, elle est sans limite. (2)

- (1) P. Nerhot, "Rationalisme et Etat moderne", op.cit. De ce que l'individu, désenclavé des liens tissés par les corps intermédiaires, apparaît en tant que tel comme sujet économique, certains (et Rousseau n'en fut pas l'un des moindres) ont voulu considérer qu'en fait il n'était rattaché à plus rien: "atome" souverain, préexistant à tout ordre social, fondant celui-ci par un pacte! (Avec l'époque contemporaine, par un "contrat").
- (2) L'institutionnalisation de la sphère publique renvoie ainsi à l'étatisation de la société civile. C'est la conséquence directe de cet Etat de droit, élargissement du champ étatique; tous les moments de la vie sociale vont faire, à partir de ce moment, l'objet d'une intervention de l'Etat. C'est précisément cette idée d'élargissement que nia le courant subjectiviste, avec les conséquences que l'on sait au niveau de l'analyse juridique du consensualisme et plus particulièrement sur la cause du contrat - cf. supra et G. Farjat op.cit. -

L'administration hiérarchique va être quant à elle le moment de l'objet et pas du sujet (1); ce sont les règles objectives qui attribuent au sujet sa fonction, entendue comme domaine de devoir d'exécution objectif. Cette domination légale et rationnelle constitue ainsi une forme indirecte de domination. (2) Ce point est essentiel et nous pouvons en faire ressortir les conséquences en reprenant la critique que faisait Dabin aux thèses de Kelsen. Dabin fit remarquer qu'il y a deux moments où le droit subjectif apparaît suffisamment dégagé de la norme pour qu'on lui reconnaisse "existence distincte et autonome" et un de ces moments est le respect du droit objectif en vigueur. Selon l' auteur, qui reprenait ainsi que nous l'avons dit les thèses de Berthélémy et Bonnard, il y a un droit subjectif au respect du droit objectif; en d'autres termes, le respect de la légalité est un droit subjectif à la légalité que possèdent les individus à l'encontre de l'Etat. Ainsi, en actionnant le principe de légalité, "le sujet est admis à faire état de la norme comme de son propre bien." (3) Bien que cette notion de

(1) Voir P. Nerhot, Le concours administratif... p. 18-22.

(2) Voir P. Nerhot, Rationalisme et Etat moderne, op.cit.

(3) J. Dabin, op.cit., p. 304.

"principe de légalité" soit à définir très précisément, (1) (nous poserons simplement ici que ce principe réalise en partie, techniquement, ce que nous avons appelé la domination légale et objective), nous ne relèverons que cette idée selon laquelle le sujet s'approprie la norme étatique. En disant cela, l'auteur sous-entend que l'individu ne peut subir d'atteinte à son état de personne par le fait d'une norme étatique, puisque cette norme lui appartient. C'est peut-être un peu rapide. Ainsi que le disait Jellinek (2), "l'Etat est obligé de créer des règles de droit et celles-ci, une fois créées s'imposent à lui, du moins jusqu'à leur modification ou abrogation dans la forme déterminée d'avance par lui-même." L'Etat en effet n'est pas selon nous limité dans son action parce que le sujet de droit possède un droit à son encontre mais parce que les services étatiques - qui fonctionnent sur le principe de la domination objectivée - doivent observer les règles générales et abstraites qu'ils édictent eux-mêmes, règles qui sont tout naturellement actionnables par les sujets de l'Etat de droit et dans les formes prescrites par le système juridique.(3)

(1) Voir en ce sens Ch. Eisenmann, "Cours de droit administratif", Tome 1: Régimes de droit public et régimes de droit privé, 1954/1955. LGDJ 1982, p. 451 à 482. L'auteur fait notamment remarquer que du XIX^e siècle à l'Etat-social, "la notion s'est sensiblement modifiée, modification qui n'a pas touché que la France mais aussi l'Allemagne, l'Autriche, la Suisse ainsi que tous les pays latins.", p. 459.

(2) Jellinek, op.cit., supra.

(3) C'est d'ailleurs à ce titre que Duguit rejetait la notion d'auto-limitation.

Pour parler comme Motulsky (1), "Le recours pour excès de pouvoir... s'analyse en une règle ayant pour pré-supposition (2) la violation de la légalité et l'initiative de l'intéressé, et pour effet juridique (2) un impératif qui enjoint à la juridiction administrative de prononcer la nullité. C'est tout." Et l'auteur de poursuivre, "Par conséquent , l'analyse par le truchement de la règle de droit conduit à admettre que le particulier a un droit subjectif (3) à la "suppression de l'illégalité" mais qu'il n'a pas de droit subjectif à la légalité". " Avoir un droit subjectif à la légalité ne signifie rien d'autre que d'être habilité par l'ordre juridique positif à faire

(1) Motulsky, "Principes d'une réalisation méthodique du droit privé", 1948, p. 36, 37.

(2) Nous soulignons.

(3) Relativement à la notion de sources du droit et du droit subjectif l'auteur écrivait: "Nos préférences personnelles s'arrêtent aux principes de l'Ecole scientifique du type Saleilles-Lambert; nous estimons que la source formelle (i.e. le droit objectif) doit conserver son rôle prédominant"... "La notion de droit subjectif découle de celle du rapport de Droit ... et peu nous importe donc l'essence du droit subjectif". Motulsky, op.cit., p. 28; L'auteur de poursuivre: "Le droit subjectif n'a pas d'"essence". Ce n'est qu'un artifice de l'esprit, un vocable commode destiné à traduire sous une forme saisissante l'agencement juridique des relations humaines. La notion de droit subjectif n'a rien de matériellement, de rationnellement, de juridiquement inéluctable; ce n'est qu'une construction technique (souligné par nous) dont l'intérêt réside dans les facilités de maniement qu'elle apporte à la matière juridique. Avec MM. Gény et Demogue, nous nous faisons donc du droit subjectif une conception purement technique." (p. 29)

jouer "l'effet juridique d'une règle de droit". (1) Ainsi, si nous en revenons à la notion d'acte juridique appliqué aux situations juridiques de l'Etat-administration - et non plus à la société civile - nous observons que l'Etat-administration va être le lieu privilégié de la production de ce que Duguit appelait les "actes-règles". (2) La liberté - (le pouvoir) - que nous avons définie avec la notion d'acte juridique, que nous trouvons essentiellement au sein de la société civile, va tendre ici à s'effacer. Ici en effet, la liberté qu'aurait le sujet de créer une situation entièrement nouvelle n'existe pas en principe (3); l'individu actionne une règle, en observant d'autres règles: nous trouvons par exemple ici les notions de pouvoir discrétionnaire, d'excès de pouvoir qui sont des notions tendant à être contrôlées par des règles ou concepts juridiques tel celui de détournement de pouvoir. Mais en même temps, le fait même que ces concepts existent montre l'existence d'un individu actif: pour reprendre l'expression de Dabin, le sujet actif que l'on fait sortir par la porte rentre par la fenêtre et on tentera de l'enserrer

(1) Motulsky, Archives de philosophie du droit 1964, p. 215 et sv. De ce droit subjectif à la légalité, Dabin avait extirpé la notion d'appartenance, cf. supra, et avait voulu considérer que ceci était une dimension constitutive et caractéristique du droit subjectif. M. Villey fit remarquer qu'historiquement l'idée était contestable et nous voyons qu'elle l'est aussi au sein même des systèmes juridiques continentaux contemporains; la formule si nuancée de Saleilles, "maîtrise virtuelle", serait peut-être ainsi plus exacte.

(2) Et que nous avons défini comme des "règlements impersonnels qui posent les limites de la compétence objective, rationnellement délimitées par les règlements eux-mêmes.

(3) Sans doute ici sommes-nous proches du normativisme de Kelsen.

d'avantage encore dans des liens "objectifs", par le détour de la jurisprudence. Nous tendons ainsi à une relation dialectique entre le jeu quasi auto-déterminatoire du système de règles objectives de l'Etat-administration et l'individu. Phénomène que nous retrouvons également au niveau de ce que Duguit appelait les "actes-conditions." (1) Chez le célèbre auteur, ces actes donnaient naissance à des situations juridiques objectives en ce qu'elles dérivait directement de la norme juridique. C'est ainsi, toujours selon Duguit, qu'il convenait d'analyser en droit privé la situation d'un enfant légitime par exemple ou en droit public l'électorat ou la nomination d'un fonctionnaire. Ici donc la volonté de l'individu, qualifié de sujet de droit par le système juridique, n'était certainement pas source du droit en ce qu'elle ne créait pas de "situation juridique objective" en accomplissant l'acte-condition par lequel se réalisait cette situation. Nous voulons bien souscrire à cette analyse, sauf à dire que l'individu dont la volonté est sans influence sur l'existence ou le contenu de la règle, est sans influence sur l'ordre juridique lui-même. Reprenons l'exemple de la nomination du fonction-

(1) Duguit distinguait trois types d'actes: l'acte-règle (que nous trouvons principalement au sein de l'Etat-administration), l'acte-subjectif (au sein duquel l'auteur niait que pût exister un droit subjectif tel que la doctrine subjectiviste avait pu le définir et qui renvoyait principalement aux situations contractuelles) et enfin l'acte-condition.

naire avancé par Duguit. (1) Premièrement, reprenant en cela notre définition de l'acte juridique, nous allons voir que l'individu va, progressivement, acquérir la liberté de créer à son profit cette situation juridique. Deuxièmement, les règles objectives qui caractérisaient cette situation juridique que Duguit qualifiait d'objectives, vont devoir composer avec la notion de "sujet de droit".

Nous avons vu que l'Etat de droit renvoie notamment à l'institutionnalisation de la sphère publique politique et, à ce titre, l'individu est qualifié "citoyen". Par la "Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen", l'égalité des "sujets de Droit" est proclamée, égalité entendue notamment comme "égalité d'accès aux emplois publics". Tout le XIX^e siècle français a été la tentative manquée de réaliser l'aspiration de la sphère publique politique, par principe ouverte à tous; ce n'est qu'avec l'Etat-social que ce principe sera réalisé. Cependant cet acquis est évolutif (2), et renvoie à l'agencement de ce que nous avons considéré être les deux instances constitutives de l'Etat

- (1) Si nous gardons notre image de l'Etat, agencement de la sphère publique et de l'Etat-administration, le domaine que nous nous proposons d'investiguer se situe à la fonction de la société civile (- et donc son émanation la sphère publique) et de l'Etat-administration: un individu entend devenir fonctionnaire. Quel régime juridique va être applicable à cette prétention? Quelle sera la nature juridique de ce régime?
- (2) L'évolution de ce que nous appelons un processus d'objectivation qui caractérise selon nous l'Etat de droit ne sera pas abordé dans le cadre de cet article; voir P. Nerhot, op.cit., p. 110 à 184.

de droit. Ce n'est que depuis très peu de temps - depuis 1959 - que le droit français reconnaît au citoyen une garantie fondamentale en matière d'accès aux emplois publics, on a parlé à ce titre d'un "droit au concours". Ainsi, l'agencement mécanique des règles objectives est soumise à la pression des individus de la sphère publique politique. Ce qui fut nié par le droit administratif pendant longtemps, à savoir la liberté pour tout individu de créer à son profit une situation nouvelle, est reconnue. Mais il ne convient pas selon nous de reconnaître un "droit subjectif" à l'individu, ce droit est un droit de principe, entendu comme l'obligation pour l'administration de se conformer à une règle objective. Dans cette mesure, et pour le cas où l'administration méconnaîtrait ce principe, un recours objectif serait ouvert - l'excès de pouvoir - fondé non pas sur un droit mais sur un pouvoir à la suppression de l'illégalité. Suit une autre phase dans la procédure d'accès aux emplois publics, juridiquement qualifiée de "droit d'admission à concourir". Un pouvoir de nomination étant l'attribut d'une fonction, il correspond à une compétence légale mais à cette donnée purement objective s'adjoint une donnée subjective, ce pouvoir est exercé "dans l'intérêt du service." (Nous retrouvons ici la notion de pouvoir discrétionnaire.) C'est autour de cette donnée subjective que s'effectuera l'évolution du système juridique, que le pouvoir de l'individu provoquera une nouvelle composition du droit objectif: nous

retrouvons ce que nous disions précédemment lorsque nous énoncions une définition de l'acte juridique. Ce "droit d'admission à concourir" n'est pas selon nous un droit, mais un pouvoir là aussi à la suppression de l'illégalité. La différence que nous avons ici avec ce type d'acte juridique, appelé "acte-condition" par Duguit, par rapport à l'acte juridique organisant par exemple les rapports contractuels, réside sur la possibilité même de créer une situation juridiquement nouvelle. Autant pour une situation contractuelle existe la possibilité de créer librement une situation nouvelle. (cf. supra, p. 107), autant pour ce type d'acte cette liberté demeure problématique.

Nous aboutissons ainsi, à trois types d'actes juridiques. Premièrement l'acte juridique qui règle la mise en ordre de la société civile (cf. p. 107-108); le passage de "l'Etat-libéral" à "l'Etat social" augmentera sensiblement le contenu et l'équilibre de la base objective de la situation que l'individu entend créer. A l'opposé, l'acte juridique régissant l'ordre juridique au sein de l'Etat-administration ne sera pas "un acte de volonté visant à créer librement une situation nouvelle": nous trouvons ici un pouvoir qui réside en des "règlements impersonnels posant les limites de la compétence objective, rationnellement délimitées par les règlements eux-mêmes." (Cf. supra, p. 111) Ce n'est pas dire que l'individu n'existe pas, l'existence de la

"directive" (1) tend à montrer l'inverse, mais simplement dire que l'idée de création libre est de ce domaine exclue. Il est enfin pour nous un troisième type d'acte qui renvoie à des situations particulières, celles où s'effectue un passage de la sphère publique à l'appareil d'Etat; nous avons en ce sens abordé le problème de l'accès aux emplois publics. Nous avons vu qu'ici nous nous trouvons en une sorte de situation intermédiaire: nous n'avons pas la possibilité de créer librement une situation nouvelle, nous ne sommes pas non plus dans une situation où la possibilité de créer une situation nouvelle est par principe exclue; nous nous trouvons entre les deux. C'est précisément la façon dont sera possible de créer une situation nouvelle qui caractérise la situation juridique qu'organise ce type d'acte. (22).

- (1) Document produit par la hiérarchie administrative, qui n'a pas valeur contraignante mais qui "suggère" la conduite à avoir pour toutes sortes de situations: situation de "non-droit" ou situation nécessitant des indications sur le type d'application d'une loi ou règlement...
- (2) Cette classification nécessiterait bien évidemment une étude beaucoup plus approfondie, étude encore une fois qui s'inscrirait dans une esquisse à une théorie générale. Nous nous contentons ici de brosser ce qui en serait les prémisses.

Conclusion

"L'analyse dynamique" de l'acte juridique à laquelle nous sommes parvenus pour traiter du lien entre l'individu, la loi positive et l'Etat a notamment eu comme conséquence que nous n'avons plus utilisé l'expression "droit subjectif", ou celle de "sujet de droit". Ainsi, nous avons pu sembler nous démarquer de certains courants doctrinaux qui faisaient du droit subjectif la source du droit mais en même temps, nous avons parlé de subjectivité pour considérer que C'était précisément "le lien entre ce qui relève de la subjectivité et les éléments objectifs contenus au sein de l'acte juridique" qui était le "nœud du problème". (cf. supra p. 103)

Nous avons du même coup laissé entendre qu'il n'était pas nécessaire d'en recourir au concept de sujet de droit, ou au concept de droit subjectif tels que les subjectivistes l'entendaient pour traiter du problème des sources du droit au sein d'un Etat de droit. Nous pouvons peut-être présenter à ce stade un auteur célèbre et que nous n'avons pas cité au long de cet article, nous voulons parler de Gény.

Gény, qui comme tant de grands jurisconsultes du début du siècle était fortement nourri de culture juridique

allemande (1), va écrire une théorie générale du droit en procédant à la distinction de ce qui est scientifique dans le domaine juridique et de ce qui est purement technique (2). Et c'est, nous dit l'auteur, parce qu'une telle distinction n'a jamais véritablement été faite que tous les malentendus autour de la notion de droit subjectif et de sujet de droit ont pu voir le jour. (3) La tâche que se proposait l'auteur était d'opérer cette distinction afin de montrer que "les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personnalité morale, n'ont de valeur qu'en tant que moyens artificiels de l'élaboration juridique et que, cantonnés dans ce domaine, ils peuvent rendre de véritables services." (4)

- (1) GénY, "Science et Technique en droit privé positif", 2ème tirage 1922, voir notamment, Tome I, p. 57 et sv., Tome II, p. 39 et sv. sur sa critique au Zweck im Recht de Jhering.
- (2) GénY, op.cit., Tome II, p. 16 à 26, pour cette notion de "technique" juridique; voir aussi, Tome III, p. 218 et sv.
- (3) GénY, op.cit., Tome III, p. 216: "Or, la raison profonde de si pénibles malentendus tient, suivant moi, à ce que nos auteurs ne se sont pas astreints à séparer, comme il l'eût fallu, le point de vue du fond des choses et celui de la seule technique."
- (4) GénY, op.cit., Tome III, p. 218. L'auteur disait un peu plus loin, Tome III, p. 227. "en tout cas il semble qu'il suffise de maintenir, dans le cadre strict de la technique, les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personne morale, pour faire évanouir certaines discussions, aussi vides qu'insolubles, sur la prééminence respective du droit subjectif ou du droit objectif ou sur l'essence de la personnalité juridique." Sur ce point voir Saleilles, "De la personnalité juridique", 1910, p. 567.

Si nous prenons ce "moyen artificiel de l'élaboration juridique" qu'est le concept de "sujet de droit", il va se situer, selon l'auteur, dans une notion plus large, plus vague, qui est l'élément primordial de toute organisation juridique, la notion de "rapport de droit". Toujours pour l'auteur en effet, toute situation consacrée par le droit objectif se représente à l'esprit comme un rapport entre les hommes - nous parlions quant à nous de situation - en vertu duquel l'un est fondé à exercer certain pouvoir respectivement aux autres. (1) Ce qui donne à l'analyse deux termes du rapport, son contenu ou son objet, pourvu de la sanction qui le caractérise comme rapport de droit, son titre ou sa cause. Nous avons donc ici une représentation de l'esprit, un concept, mais dira l'auteur, "tellement nécessaire, pour traduire les réalités qu'il se confond presque avec elles et ne peut passer pour un élément artificiel, pour un pur concept de la technique." (2) Or là précisément se trouve l'origine de toutes les équivoques et il importe donc de se cantonner au pur domaine de la technique. Seulement la technique juridique elle-même est source d'équivoques; si en effet des constructions techniques telles que le "sujet de droit" interviennent, c'est aussi parce qu'il importe "à la fermeté et à la

(1) Ce sera par exemple la propriété et l'analyse de ce rapport sera posé en termes tels que la notion d'"abus de droit" ne sera pas nécessaire, cf. Gény, op.cit., Tome IV, p. 186 et sv.

(2) Gény, op.cit., Tome III, p. 219.

sécurité des situations juridiques que les facultés, qui constituent le contenu du rapport de droit, aient un titulaire." (1) Le danger sera pourtant minime nous dira l'auteur par rapport aux avantages qu'un tel concept procure à la technique juridique, en ce que, mettant de l'ordre dans l'exposé des règles, il y introduit "un élément rationnel auquel se puisse appuyer, en toute confiance, le travail de l'esprit." (2) Gény dira en effet que du moment où ces concepts s'adaptent bien aux "réalités positives du droit vivant", que leurs résultats correspondent aux besoins et intérêts pratiques des hommes vivant en société, que leur ensemble fournit une construction homogène, ils méritent d'être préférés aux conceptions différentes qui peuvent être proposées. (3) Et pour Gény, cette notion de droit subjectif fournissait à toute notre dogmatique juridique un instrument essentiel d'exposition, de développement et de progrès. Mais encore une fois, cette notion de droit subjectif demeurait une donnée technique, l'auteur refusait la définition qu'avait pu donner les subjectivistes. Aussi estimait-il qu'"il y a plusieurs façons d'entendre le "sujet de droit". Au

(1) Gény, op.cit., Tome III, p. 222. Nous soulignons.

(2) Gény, op.cit., Tome III, p. 225.

(3) Gény pensait principalement à Duguit dont il suivait les travaux avec une attention particulièrement vive. (Cf. Gény, op.cit., Tome IV, p. 163 et sv.)

lieu d'y voir le soutien ou le titulaire d'un prétendu droit subjectif, on peut considérer comme sujet de droit celui ou ceux qui sont soumis au droit objectif, i.e. à qui s'adressent les impératifs juridiques." (1) Ainsi donc avec GénY, considérer le droit subjectif comme une donnée purement technique aboutissait à faire du "sujet de droit", le "sujet du droit objectif", l'adressataire de la règle de droit. C'était estimer par ailleurs que le droit positif avait pour source l'Etat. (2) Nous avons ainsi quant à la définition et à l'origine du droit subjectif la considération suivante: "C'est le concept, proprement juridique, par lequel l'esprit élabore le droit. Et, comme l'esprit est plein de ressources, il se représente, de façons diverses, la règle juridique à établir. Volontiers, plusieurs concepts s'offrent à lui, entre lesquels il choisira le mieux apte à satisfaire les exigences du juste objectif ou les postulats de l'utilité sociale. Ainsi est né le concept de sujet de droit." (3) L'hypothèse d'un droit subjectif comme élément majeur de la science juridique peut peut-être paraître critiquable.

(1) GénY, op.cit., Tome IV, p. 196 nous soulignons.

(2) "On peut affirmer que le droit positif moderne émane avant tout et essentiellement de l'Etat, ou, si l'on veut, que l'Etat représente son milieu d'éclosion naturel et normal." GénY, op.cit., Tome I, p. 57.

(3) GénY, op.cit., Tome IV, p. 197.

En quoi un tel concept est-il, pour l'auteur, irremplaçable, essentiel? Parce qu'il faut aux situations juridiques des titulaires, et parce que toute situation consacrée par le droit objectif se présente comme un rapport entre les hommes. Mais alors, ces deux nécessités n'impliquent pas que le concept de droit subjectif soit nécessaire: il peut suffire de parler "d'individu". Gény le savait lui-même fort bien puisqu'il estimait nécessaire de préciser qu'elle était selon lui la genèse de ce concept (cf. supra, p. 119), et il précisait à ce titre que la notion de droit subjectif était somme toute "une possibilité parmi tant d'autres", et que si celle-ci avait été retenue c'était parce que l'esprit humain avait considéré que cette notion était "la mieux apte à satisfaire les exigences du juste objectif ou les postulats de l'utilité sociale". Cet argument est bien fragile: c'est très exactement au nom de l'utilité sociale que les anti-subjectivistes rejetaient l'idée de droit subjectif telle qu'elle était avancée à la fin du XIX^e siècle: à sa place étaient avancées les théories causalistes du contrat, la notion d'abus de droit ou alors les théories objectivistes. Autant d'idées que Gény d'ailleurs reconnaissait puisque, dès le début de son oeuvre, était admise cette idée "nouvelle" d'une finalité pour le droit et était rendu hommage à l'oeuvre de Jhering. Ainsi selon nous la justification qu'a pu avancer Gény sur le maintien de l'existence du concept de sujet de droit est sans doute contestable. Mais

il est un autre point qui nous semble tout autant contestable, c'est celui qui consiste à considérer le concept de sujet de droit comme un concept purement technique. Cette notion est solidaire d'un système philosophique et d'un système juridique: l'individualisme. Faire l'histoire de l'individualisme n'est pas chose aisée (1), et la relier avec cette idée de "droit subjectif" est encore plus difficile. (2) Nous distinguerons néanmoins trois facteurs à l'origine de cette philosophie. (3) Le christianisme tout d'abord. Ainsi que le rappelle M. Villey (4) Hegel, "virtuose de l'histoire de la philosophie", voyait dans l'apparition de l'Evangile et de l'Eglise l'origine du subjectivisme. Le Dieu de la Bible est un être individuel et la vie chrétienne est une relation interpersonnelle, une "intersubjectivité": dans toute sa vie spirituelle le chrétien est un tout, un infini, valeur en soi. L'humanis-

- (1) L. Dumont, "Essais sur l'individualisme", Une perspective anthropologique sur l'idéologie moderne. Esprit-Seuil, 1983, cf. Introduction, p. 2 et 3.
- (2) M. Villey, "Histoire de la philosophie du droit", Montchrétien, 1975, p. 252 "... car la date de naissance exacte du droit subjectif (impossible à déterminer, après tout, avec certitude)..."
- (3) Nous reprenons ici M. Villey, "Philosophie du droit", I. Définitions et fins du droit. Précis Dalloz 1978, p. 132 et sv.
- (4) M. Villey, *ibid.*, p. 132.

me ensuite, et plus précisément l'humanisme de la Renaissance. Cet humanisme s'intéresse aux hommes, fleurissent les doctrines morales centrées sur l'individu. La "nature de l'homme" en sera le thème favori, conçue comme la nature d'un être isolé. (1) Et enfin, troisième facteur, le nominalisme. M. Villey nous rappelle que cette philosophie très ancienne va connaître son épanouissement à partir du XIV^{ème} siècle, avec Guillaume d'Occam (2). Avec lui en effet le droit sera conçu comme l'attribut d'un sujet et il n'existera, exclusivement, qu'à l'avantage du sujet. L'heure de gloire de cette théorie viendra aux XVI^{ème}-XVII^{ème} siècles, au moment même où les sciences modernes ont commencé à s'épanouir. Et il n'y a pas là qu'un hasard historique. La science moderne se constitue sur l'expérience de choses et de faits singuliers, elle privilégie dans un premier temps l'analyse de son objet. La chimie tente de réduire les corps à des atomes premiers. En un mot cette science était atomistique (Galilée, Descartes). C'est à partir de ces faits, réduits à l'état d'atome, que se bâtissent des théories,

(1) Nous retrouvons ici les propositions de Dabin et cette véritable "puissance matérielle" qu'est aujourd'hui l'idée des droits de l'homme.

(2) M. Villey, op. cit., p 137. L. Dumont, "La conception moderne de l'individu", Esprit n°2 fév. 1978, p 18 et sv. Aussi M. Villey Histoire de la philosophie du droit, p.258 et sv.

théories qui ont pour ambition d'être un moyen de calcul sur des faits isolés. Et cette culture du XVIIème siècle a été déterminante quant à l'histoire de la philosophie du droit: celle-ci n'a guère été qu'application au droit d'une pensée commune (1). L'individualisme - à la jonction du christianisme, de l'humanisme, du nominalisme occamien -

- (1) Constatons qu'aujourd'hui c'est cette culture atomistique qui est remise en cause dans le domaine des sciences. Remise en cause qui fait tâche d'huile et se répand à quasiment toutes les sciences, notamment sociales. On parle de structures, de systèmes, de mécanismes juridiques auto-régulateurs... La nature même du droit semble ici se modifier: d'un droit rationnel et formel (Etat-libéral), nous étions passés à un droit causé, finaliste (Etat-social); nous sommes maintenant en présence de ce que G. Teubner nomme "a reflexive law" (G. Teubner "substantive and reflexive elements in modern law, Law and Society Review, volume 17, Nov. 1983) et qui selon nous serait caractérisé par l'absence de fins mais sans que cela soit un retour au droit rationnel et formel. Il faut ainsi considérer que ce nouveau type de droit a pour fins ses moyens et pour moyens ses fins: d'où sans doute cette impression (cf. N. Luhmann) d'un droit qui s'auto-reproduit. D'où aussi pour certain l'idée d'une crise du droit. Et quant à nous la marque du passage des sociétés industrielles aux "sociétés techniciennes", cf. La sociologie de J. Ellul, marquant le droit de son empreinte.

comme système juridique va ainsi fonder sa méthode à partir de la philosophie des sciences de la Renaissance et tous nos grands principes juridiques modernes proviennent du XVII^e siècle; l'atomisme scientifique sera en effet transposé au droit: ce sera l'individu, particule isolée qui remplira ce rôle. Pour parler comme L. Dumont (1), "lorsqu'il n'y a plus rien d'ontologiquement réel au delà de l'être particulier, lorsque la notion de "droit" s'attache, non à un ordre naturel et social, mais à l'être humain particulier, cet être humain particulier devient un individu au sens moderne du terme." Le positivisme, le subjectivisme juridique marquent la naissance de l'individu dans la philosophie et dans le droit. Par le nominalisme le droit va devenir une axiomatic rationnelle, Grotius sera le premier maître de la nouvelle méthode. Mais revenons en à Gény. L'illustre juriste a tenté d'aller encore plus loin dans cette oeuvre de rationalisation du système juridique et, ce faisant, a tenté d'exclure tout ce qui ne pouvait se prêter à la classification rationnelle, technique, du droit. Il a ainsi été amené à considérer le droit subjectif comme un réceptacle, donnée purement technique, du droit objectif. Ce que selon nous il ne pouvait, légitimement, faire. La méthode atomistique des juristes de la Renaissance conservait l'idée de droit sub-

(1) L. Dumont, op.cit., p. 72.

jectif en ce qu'elle était le réceptacle non pas seulement d'un droit objectif mais aussi d'un système de valeurs, le christianisme et l'humanisme. L'histoire du droit subjectif est inséparable de cette culture: le droit, attribut du sujet, est tiré dans sa substance de la nature de l'homme. Nier cet aspect aurait dû amener l'auteur à un nominalisme radical et donc à devoir se passer de ce concept de droit subjectif. Mais il ne pouvait le faire. Sa représentation du pouvoir, "pouvoir législateur d'un côté et sujet obéissant de l'autre" (1), l'en empêchait. Cette conception du pouvoir (2) "Etat-source du droit", "Etat-lieu du pouvoir" obligeait Gény à conserver cette idée de droit subjectif, quite à considérer le sujet de droit comme le "sujet du droit objectif". Au contraire, de par la conception que nous avons avancée de "l'acte juridique", nous n'avons jamais posé l'Etat comme source du Droit ou comme le lieu du pouvoir. Nous avons au contraire tenté de montrer que la loi - dont le monopole appartient à l'Etat au sein de l'Etat de droit - compose sans cesse avec les individus qui l'utilisent et qu'à ce titre, la possibilité d'action (la volonté des individus) portent moins sur les éléments objectifs eux-mêmes - la loi - que sur la nature ou l'étroitesse du lien qui l'unit à

(1) M. Foucault, Histoire de la sexualité, La Volonté de savoir, NRF, 1976, p. 112.

(2) Que M. Foucault, op.cit., p. 117 renvoie à "une forme historique bien particulière de nos sociétés: la monarchie juridique."

eux. (supra, p. 103) Tout pareillement, par cette définition nous ne reconnaitrons pas l'individu - sujet de droit - de par sa nature, source du Droit: la volonté compose avec l'existence d'éléments objectifs.

Ainsi, pour conclure, nous dirons que les sources du Droit résident selon nous dans le lien dynamique qui au sein de l'acte juridique unit les éléments intentionnels - la volonté des individus - aux éléments non subjectifs - les dispositions légales, réglementaires; le juge intervient en qualifiant (1) les éléments produits par la volonté créatrice, faisant ainsi de la jurisprudence une source importante du Droit.

(1) Voir l'article de F. Terré, "Volonté et qualification", in Archives de Philosophie du Droit, 1957, p. 99 à 125.

PUBLICATIONS OF THE EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE

EUI WORKING PAPERS :

- | | | |
|---------|--|---|
| No. 1 : | Jacques PELKMANS | The European Community and the Newly Industrialized Countries |
| No. 2 : | Joseph H.H. WEILER | Supranationalism Revisited - Retrospective and Prospective. The European Communities After Thirty Years |
| No. 3 : | Aldo RUSTICHINI | Seasonality in Eurodollar Interest Rates |
| No. 4 : | Mauro CAPPELLETTI/
David GOLAY | Judicial Review, Transnational and Federal: Impact on Integration |
| No. 5 : | Leonard GLESKE | The European Monetary System: Present Situation and Future Prospects |
| No. 6 : | Manfred HINZ | Massenkult und Todessymbolik in der national-sozialistischen Architektur |
| No. 7 : | Wilhelm BURKLIN | The "Greens" and the "New Politics": Goodbye to the Three-Party System? |
| No. 8 : | Athanasios MOULAKIS | Unilateralism or the Shadow of Confusion |
| No. 9 : | Manfred E. STREIT | Information Processing in Futures Markets. An Essay on the Adequacy of an Abstraction |
| No. 10: | Kumaraswamy VELUPILLAI | When Workers Save and Invest: Some Kaldorian Dynamics |
| No. 11: | Kumaraswamy VELUPILLAI | A Neo-Cambridge Model of Income Distribution and Unemployment |
| No. 12: | Kumaraswamy VELUPILLAI
Guglielmo CHIODI | On Lindahl's Theory of Distribution |
| No. 13: | Gunther TEUBNER | Reflexive Rationalität des Rechts |
| No. 14: | Gunther TEUBNER | Substantive and Reflexive Elements in Modern Law |
| No. 15: | Jens ALBER | Some Causes and Consequences of Social Security Expenditure Development in Western Europe, 1949-1977 |
| No. 16: | Ian BUDGE | Democratic Party Government: Formation and Functioning in Twenty-one Countries |

- | | | |
|---------|-----------------------------------|---|
| No. 17: | Hans DAALDER | Parties and Political Mobilization: An Initial Mapping |
| No. 18: | Giuseppe DI PALMA | Party Government and Democratic Reproducibility: The Dilemma of New Democracies |
| No. 19: | Richard S. KATZ | Party Government: A Rationalistic Conception |
| No. 20: | Jürg STEINER | Decision Process and Policy Outcome: An Attempt to Conceptualize the Problem at the Cross-National Level |
| No. 21: | Jens ALBER | The Emergence of Welfare Classes in West Germany: Theoretical Perspectives and Empirical Evidence |
| No. 22: | Don PATINKIN | Paul A. Samuelson and Monetary Theory |
| No. 23: | Marcello DE CECCO | Inflation and Structural Change in the Euro-Dollar Market |
| No. 24: | Marcello DE CECCO | The Vicious/Virtuous Circle Debate in the '20s and the '70s |
| No. 25: | Manfred E. STREIT | Modelling, Managing and Monitoring Futures Trading: Frontiers of Analytical Inquiry |
| No. 26: | Domenico Mario NUTI | Economic Crisis in Eastern Europe - Prospects and Repercussions |
| No. 27: | Terence C. DAINTITH | Legal Analysis of Economic Policy |
| No. 28: | Francis C. CASTLES/
Peter MAIR | Left-Right Political Scales: Some Expert Judgements |
| No. 29: | Karl HOHMANN | The Ability of German Political Parties to Resolve the Given Problems: the Situation in 1982 |
| No. 30: | Max KAASE | The Concept of Political Culture: Its Meaning for Comparative Political Research |
| No. 31: | Klaus TOEPFER | Possibilities and Limitations of a Regional Economic Development Policy in the Federal Republic of Germany |
| No. 32: | Ronald INGLEHART | The Changing Structure of Political Cleavages Among West European Elites and Publics |
| No. 33: | Moshe LISSAK | Boundaries and Institutional Linkages Between Elites: Some Illustrations from Civil-Military Elites in Israel |
| No. 34: | Jean-Paul FITOUSSI | Modern Macroeconomic Theory An Overview |

- No. 35: Richard M. GOODWIN/
Kumaraswamy VELUPILLAI
Economic Systems and their Regulation
- No. 36: Maria MAGUIRE
The Growth of Income Maintenance Expenditure in Ireland, 1951-1979
- No. 37: G. Lowell FIELD
John Higley
The States of National Elites and the Stability of Political Institutions in 81 Nations, 1950-1982
- No. 38: Dietrich HERZOG
New Protest Elites in the Political System of West Berlin: The Eclipse of Consensus?
- No. 39: Edward O. LAUMANN
David KNOKE
A Framework for Concatenated Event Analysis
- No. 40: Gwen MOORE/
Richard D. ALBA
Class and Prestige Origins in the American Elite
- No. 41: Peter MAIR
Issue-Dimensions and Party Strategies in the Irish Republic, 1948 - 1981: The Evidence of Manifestos
- No. 42: Joseph H.H. WEILER
Israel and the Creation of a Palestine State. The Art of the Impossible and the Possible
- No. 43: Franz Urban PAPPI
Boundary Specification and Structural Models of Elite Systems: Social Circles Revisited
- No. 44: Thomas GAWRON
Ralf ROGOWSKI
Zur Implementation von Gerichtsurteilen
Hypothesen zu den Wirkungsbedingungen von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
- No. 45: Alexis PAULY
René DIEDERICH
Migrant Workers and Civil Liberties
- No. 46: Alessandra VENTURINI
Is the Bargaining Theory Still an Effective Framework of Analysis for Strike Patterns in Europe?
- No. 47: Richard A. GOODWIN
Schumpeter: The Man I Knew
- No. 48: J.P. FITOUSSI/
Daniel SZPIRO
Politique de l'Emploi et Réduction de la Durée du Travail
- No. 49: Bruno DE WITTE
Retour à Costa. La Primauté du Droit Communautaire à la Lumière du Droit International

- | | |
|---|--|
| No. 50: Massimo A. BENEDETTELLI | Eguaglianza e Libera Circolazione dei Lavoratori: Principio di Eguaglianza e Divieti di Discriminazione nella Giurisprudenza Comunitaria in Materia di Diritti di Mobilità Territoriale e Professionale dei Lavoratori |
| No. 51: Gunther TEUBNER | Corporate Responsibility as a Problem of Company Constitution |
| No. 52: Erich SCHANZE | Potentials and Limits of Economic Analysis: The Constitution of the Firm |
| No. 53: Maurizio COTTA | Career and Recruitment Patterns of Italian Legislators. A Contribution to the Understanding of a Polarized Political System |
| No. 54: Mattei DOGAN | How to Become a Cabinet Minister in Italy: Unwritten Rules of the Political Game |
| No. 55: Mariano BAENA DEL ALCAZAR/
Narciso PIZARRO | The Structure of the Spanish Power Elite 1939-1979 |
| No. 56: Berc RUSTEM/
Kumaraswamy VELUPILLAI | Preferences in Policy Optimization and Optimal Economic Policy |
| No. 57: Giorgio FREDDI | Bureaucratic Rationalities and the Prospect for Party Government |
| No. 58: Manfred E. STREIT | Reassessing Consumer Safety Regulations |
| No. 59: Christopher HILL/
James MAYALL | The Sanctions Problem: International and European Perspectives |
| No. 60: Jean-Paul FITOUSSI | Adjusting to Competitive Depression. The Case of the Reduction in Working Time |
| No. 61: Philippe LEFORT | Idéologie et Morale Bourgeoise de la Famille dans le <u>Ménagier de Paris</u> et le <u>Second Libro de Famiglia</u> , de L.B. Alberti |
| No. 62: Peter BROCKMEIER | Die Dichter und das Kritisieren |
| No. 63: Hans-Martin PAWLOWSKI | Law and Social Conflict |
| No. 64: Marcello DE CECCO | Italian Monetary Policy in the 1980s |
| No. 65: Giampaolo ROSSINI | Intraindustry Trade in Two Areas: Some Aspects of Trade Within and Outside a Custom Union |
| No. 66: Wolfgang GEBAUER | Euromarkets and Monetary Control: The Deutschemark Case |

- No. 67: Gerd WEINRICH
On the Theory of Effective Demand under Stochastic Rationing
- No. 68: Saul ESTRIN/
Derek C. JONES
The Effects of Worker Participation upon Productivity in French Producer Cooperatives
- No. 69: Berc RUSTEM/
Kumaraswamy VELUPILLAI
On the Formalization of Political Preferences: A Contribution to the Frischian Scheme
- No. 70: Werner MAIHOFER
Politique et Morale
- No. 71: Samuel COHN
Five Centuries of Dying in Siena: Comparisons with Southern France
- No. 72: Wolfgang GEBAUER
Inflation and Interest: the Fisher Theorem Revisited
- No. 73: Patrick NERHOT
Rationalism and the Modern State
- No. 74: Philippe C. SCHMITTER
Democratic Theory and Neo-Corporatist Practice
- No. 75: Sheila A. CHAPMAN
Eastern Hard Currency Debt 1970-83. An Overview
- No. 76: Richard GRIFFITHS
Economic Reconstruction Policy in the Netherlands and its International Consequences, May 1945 - March 1951
- No. 77: Scott NEWTON
The 1949 Sterling Crisis and British Policy towards European Integration
- No. 78: Giorgio FODOR
Why did Europe need a Marshall Plan in 1947?
- No. 79: Philippe MIOCHE
The Origins of the Monnet Plan: How a Transitory Experiment answered to Deep-Rooted Needs
- No. 80: Werner ABELSHAUSER
The Economic Policy of Ludwig Erhard
- No. 81: Helge PHARO
The Domestic and International Implications of Norwegian Reconstruction
- No. 82: Heiner R. ADAMSEN
Investitionspolitik in der Bundesrepublik Deutschland 1949-1951
- No. 83: Jean BOUVIER
Le Plan Monnet et l'Economie Française 1947-1952
- No. 84: Mariuccia SALVATI
Industrial and Economic Policy in the Italian Reconstruction

- No. 85: William DIEBOLD
Trade and Payments in Western Europe in
Historical Perspective: A Personal View
by an Interested Party
- No. 86: Frances LYNCH
French Reconstruction in a European Context
- No. 87: Gunther TEUBNER
Verrechtlichung Begriffe, Merkmale, Grenzen,
Auswege
- No. 88: Marina SPINEDI
Les Crimes Internationaux de l'Etat dans les
Travaux de Codification de la Responsabilité
des Etats Entrepris par les Nations Unies
- No. 89: Jelle VISSER
Dimensions of Union Growth in Postwar
Western Europe
- No. 90: Will BARTLETT
Unemployment, Migration and Industrialization
in Yugoslavia, 1958-1977
- No. 91: Wolfgang GEBAUER
Kondratieff's Long Waves
- No. 92: Elisabeth DE GHELLINCK,
Paul A. GEROSKI
Alexis JACQUEMIN
Inter-Industry and Inter-Temporal Variations
in the Effect of Trade on Industry Per-
formance
- No. 93: Gunther TEUBNER
Helmut WILLKE
Kontext und Autonomie, Gesellschaftliche
Selbststeuerung durch reflexives Recht
- No. 94: Wolfgang STREECK,
Philippe C. SCHMITTER
Community, Market, State- and Associations?
- No. 95: Nigel GRIFFIN
"Virtue Versus Letters": The Society of
Jesus 1550-1580 and the Export of an Idea
- No. 96: Andreas KUNZ
Arbeitsbeziehungen und Arbeitskonflikte im
öffentlichen Sektor Deutschland und Groß-
britannien im Vergleich 1914-1924
- No. 97: Wolfgang STREECK
Neo-Corporatist Industrial Relations and
the Economic Crisis in West Germany
- No. 98: Simon A. HORNER
The Isle of Man and the Channel Islands -
A Study of their Status under Constitutional,
International and European Law
- No. 99: Daniel ROCHE
Le Monde des Ombres
- No. 100: Gunther TEUBNER
After Legal Instrumentalism?
- No. 101: Patrick NERHOT
Contribution aux Débats sur le Droit Sub-
jectif et le Droit Objectif comme Sources
du Droit

- 84/102: Jelle VISSER
The Position of Central Confederations in
the National Union Movements
- 84/103: Marcello DE CECCO
The International Debt Problem in the Inter-
War Period
- 84/104: M. Rainer LEPSIUS
Sociology in Germany and Austria 1918-1945.
The Emigration of the Social Sciences and
its Consequences.
The Development of Sociology in Germany after
the Second World War, 1945-1967
- 84/105: Derek JONES
The Economic Performances of Producer Coop-
erations within Command Economies: Evidence
for the Case of Poland
- 84/106: Philippe C. SCHMITTER
New-Corporatism and the State
- 84/107: Marcos BUSER
Der Einfluß der Wirtschaftsverbände auf
Gesetzgebungsprozesse und das Vollzugs-
wesen im Bereich des Umweltschutzes

